أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد
في الفقه الإسلامي

إعداد

موسى حامد محمد أبوصعيليك

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي

قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراة

في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

آب /٢٠٠٩م

نوقشت هذه الأطروحة (أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد في الفقه الإسلامي)

وإجيزت بتاريخ ٥/ ٧ /٢٠٠٩م

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الاستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي(رئيسا ومشرفا) استاذ في الفقه المقارن (الجامعة الأردنية)	....
الاستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى (عضوا) استاذ في الفقه المقارن (الجامعة الأردنية)	....
الأستاذ الدكتور عبد المجيد الصلاحين(عضوا) استاذ في الفقه المقارن (الجامعة الأردنية)	....
الاستاذ الدكتور كمال حطاب (عضوا) استاذ في الاقتصاد الإسلامي (جامعة اليرموك)	....

الإهداء

إلى من لست أوفي بحقهما عليّ أبداً

والدي الغاليين

إلى من تحملت معي معاناة الطريق

زوجتي جزاها الله خيرا

إلى فلذة كبدي وثمرة فؤادي ومهجة قلبي

ابنتي بيان وشهد

إلى إخوتي الأعزاء

إلى كل من آمن بالله ربا وبالإسلام دينا وبمحمد نبيا ورسولا

أهدي هذه الأطروحة

شكر وتقدير

أتوجه بالشكر الجزيل الى استاذنا الفاضل الاستاذ الدكتور محمود السرطاوي على ما اتحفني به طيلة مدة الدراسة من حسن الخلق ولين الجانب وحلاوة اللسان وغزارة العلم وسداد التوجيهات.

كما أتوجه بالشكر الجزيل الى لجنة المناقشة: الاستاذ الدكتور محمد أبو يحيى والاستاذ الدكتور عبدالمجيد الصلاحين والاستاذ الدكتور كمال حطاب، على ما تتحفنا به من ملاحظات قيمة وتوجيهات نيرة وبصمات واضحة تزيد بهاء الجميل وتصوّب إعوجاج المعوج وتصحح ما وقع فيه من هفوات وزلات ، وإنه لمن عظيم الشرف لي أن يتم مناقشة هذه الأطروحة على يد هذه الكوكبة البارزة من اساتذتنا الفضلاء بما يجعل المرء يمتلئ فخرا بأن تسطّر هذه الأسماء اللامعة المشهود لها بالعلم والسبق على صفحات هذه الأطروحة المتواضعة.

كما أتوجه بالشكر الجزيل الى كوكبة نيرة ممن لم يتوان عن مد يد العون والمساعدة إليّ طيلة مدة كتابة هذه الأطروحة ولم يبخل عليّ بكل جميل ومعروف طلبناه أو لم نطلبه، وأذكر من أبرزهم استاذنا الدكتور محمد السكر، ورفيقي الدكتور حسين العبيدلي والدكتور أحمد كليب وغيرهم كثير ممن ضاقت بذكره الأسطر والصفحات ولكن لم تضق به القلوب والذكريات.

فهرس المحتويات

أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد في الفقه الإسلامي

إعداد

موسى حامد محمد أبوصعيليك

المشرف

الأستاذ الدكتور محمود علي السرطاوي

ملخص

تتناول هذه الدراسة الحديث عن أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد في الفقه الإسلامي، فتبين أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد المطلقة بأنواعها: الأموال والوجوه والأعمال ـ بأقسامها المفاوضة والعنان ـ والمضاربة، مستعرضة أقوال الفقهاء وآرائهم على المذاهب الثمانية: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والجعفرية والأباضية، مبينة أدلتهم، ذاكرة ما ورد عليها من اعتراضات ومناقشات إن وجدت، خاتمة في مسألة خلافية ببيان الرأي المختار للباحث مع بيان وجه ذلك الاختيار.

وقد اشتملت هذه الدراسة على تمهيد وفصلين وخاتمة؛ فقد استهلت الدراسة بتمهيد عرضت فيه لتعريف التصرّف وأقسامه وتعريف شركة العقد وأنواعها وحكم كل نوع.

ثم الفصل الأول بعنوان "أحكام تصرفات الشريك في الشركة"؛ بيّنت فيه أحكام الشريك في شركة الأموال والوجوه والأعمال المطلقة بأقسامها المفاوضة والعنان في عقود المعاوضات المالية والإطلاقات والتوثيقات والحفظ والمشاركات والتبرعات والخلط والسفر، مع ذكر بعض ما يترتب عليها من آثار عقب معظم المسائل الواردة في الدراسة.

ثم الفصل الثاني بعنوان "أحكام تصرفات المضارب في المضاربة"؛ بيّنت فيه أحكام المضارب في شركة المضاربة المطلقة في عقود المعاوضات المالية والإطلاقات والتوثيقات والحفظ والمشاركات والتبرعات والخلط والسفر، مع ذكر بعض ما يترتب عليها من آثار عقب معظم المسائل الواردة.

ثم انهيت الدراسة بخاتمة ذكرت فيها أبرز النتائج التي تمخضت عنها.

المقدمة

الحمد لله ربّ العالمين، وأفضل الصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا وحبيبنا وشفيعنا يوم القيامة محمد بن عبدالله المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وأصحابه الغر الميامين ومن تبعه واستن بسنته بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فإن الشارع الحكيم قد راعى مصالح الخلق في تشريعاته، وشرّع من الأحكام ما تتحقق به مقاصده في جلب المصالح للعباد ودفع المفاسد عنهم، ومن تلك الأحكام التي نظمتها الشريعة الغرّاء: الأحكام المتعلقة بالعقود التي يمارسها ويعقدها أفراد الأمة في معاملاتهم المالية؛ فبينت أحكامها وأحكمتها بصورة واضحة محكمة لا لَبْس فيها، ومن تلك الأحكام: أحكام شركة العقد بأنواعها، فقد تعددت وتنوعت التشريعات التي تنظمها، ومنها أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد فبينت أحكامها لكي تنضبط بها شركة العقد، ومن هنا جاءت هذه الدرسة لتلقي الضوء على هذه التصرّفات التي يقوم بها الشريك في شركة العقد وأحكامها وفروعها والآثار التي تترتب عليها.

أهمية البحث:

تظهر أهمية الدراسة في حاجة كل شريك في شركة العقد إلى معرفة الحكم الشرعي لتصرّفاته في مال الشركة عند إطلاق عقد الشركة بينهما، سواء ما وقع منها فعلا أو ما سيقع مستقبلا، وذلك حتى يكون على بيّنة من الأمر، كما تظهر أهمية الدراسة في محاولة إخراج أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد في الفقه الإسلامي في دراسة مستقلة شاملة تجمع شتاته من شتى الفروع الفقهية.

مشكلة البحث:

تظهر مشكلة البحث في محاولة الإجابة عن الأسئلة التالية:

١) ما هي حقيقة التصرّف؟ وما هي حقيقة شركة العقد وأنواعها؟

٢) ما هي أحكام تصرّفات الشريك في الشركة(العنان، والمفاوضة، والوجوه، والأعمال)؟

٣) ما هي الآثار المترتبة على تصرّفات الشريك في محل الشركة؟

٤) ما هي أحكام تصرّفات الشريك في المضاربة؟

٥) ما هي الآثار المترتبة على تصرّفات المضارب في محل المضاربة؟

الدراسات السابقة:

لم أقف ــ في حدود ما اطلعت ــ على دراسة مستقلة شاملة لهذا الموضوع، وإنما كان الفقهاء ــ قديما وحديثا ــ يبينون أحكام تصرّفات الشريك في شركة العقد ويتناولونها من خلال كل نوع

منها على حدة بشكل مباحث ومسائل متفرقة وجزئية.

ومن الدراسات التي تناولت جانبا من هذا الموضوع ما يلي:

١. الشركات في الفقه الإسلامي (بحوث مقارنة)، للاستاذ علي الخفيف، معهد الدراسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٢م.

تناول الدكتور علي الخفيف في كتابه السابق الحديث عن بعض أحكام بعض تصرّفات الشريك في شركة العقد بشكل موجز وسريع ومختصر من غير توسّع وتفصيل وتعمّق وتفريع مرجحا ومكتفيا بذكر رأي **الحنفية** دون غيرهم في أغلب المسائل التي تناولها، ومغفلا كثيرا من مواطن اختلاف الفقهاء وأدلتهم، خلا بعض الإشارات والمواطن التي أورد اختلافهم فيها كما أغفل كثيرا من التفريعات والأحكام ذات الصلة المباشرة بها.

٢. الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، للدكتور عبد العزيز عزت الخياط، الطبعة الأولى، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، ١٣٩٠هـ-١٩٧١م.

تناول الدكتور عبد العزيز الخياط في كتابه السابق الحديث عن بعض أحكام بعض تصرّفات الشريك في شركة العقد بشكل موجز ومختصر من غير توسّع وتفصيل وتعمّق وتفريع، ذاكرا الأقوال المختلفة وأصحابها وبعض أدلتهم وتفريعاتهم في بعض المسائل التي تناولها، ومكتفيا بذكر الأقوال فقط مع الأدلة دون نسبتها لأصحابها في بعضها الآخر، ومغفلا ذلك كله في بعض آخر.

٣. شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، الاستاذ محمد إبراهيم الموسى، الطبعة الثانية، دار العاصمة، الرياض، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، وأصلها رسالة ماجستير في الفقه المقارن لعام ١٣٩٧هـ-١٣٩٨هـ.

تناول الاستاذ محمد الموسى في كتابه السابق الحديث عن بعض أحكام بعض تصرّفات الشريك في شركة العقد بشكل موجز وسريع ومقتضب، ذاكرا اختلاف الفقهاء مع أدلتهم في معظمها بصورة مبسّطة وموجزة وضيّقة لا تفي بغرض البحث، موردا لبعض تفريعاتها وأحكامها، إلا أنه بالمقابل أغفل كثيرا من التفريعات والأحكام الأخرى ذات الصلة المباشرة.

في حين تميزت هذه الدراسة عن الدراسات السابقة بكونها جمعت شتات هذه الموضوع وأحكامه وتفريعاته من شتى الفروع الفقهية المبثوثة في دراسة مستقلة شاملة مقارنة بين المذاهب الفقهية الثمانية على نحو لم أعثر على من أخرجه بهذا الشكل.

منهجية البحث:

اعتمدْتُ في هذا البحث المنهج الوصفي الاستقرائي التحليلي المقارن: حيث قمت باستقراء وتتبع ما يتعلق بالموضوع من مسائل في شتى الفروع الفقهية من الكتب القديمة والحديثة، ونقل أقوال الفقهاء من مصادرها الأصلية ونسبتها إلى أصحابها، ودراسة أقوال الفقهاء وتحليلها لمعرفة مواطن الاتفاق والاختلاف فيها عند الفقهاء في المسائل الواردة في البحث، مع بيان مذاهبهم في مواطن الاختلاف، وعرض أدلتهم النقلية والعقلية، وتوجيهها على ضوء آرائهم، ومناقشة هذه الأدلة وصولا إلى القول المختار الذي تعضده الأدلة. وتحقيقا لما سبق، اتبعت الآلية التالية:

١) الرجوع إلى المظانّ الأصلية لتتبّع أقوال الفقهاء فيها مما له صلة بالموضوع، واستقراء كتب المعاصرين المتصلة بهذا البحث.

٢) الاعتماد في أحكام هذا الموضوع على آراء الفقهاء من المذاهب الفقهية الثمانية مراعيا الترتيب والتسلسل التالي في عرضها: المذهب الحنفي، ثم المذهب المالكي، ثم المذهب الشافعي، ثم المذهب الحنبلي، ثم المذهب الظاهري، ثم المذهب الزيدي، ثم المذهب الجعفري، ثم المذهب الأباضي.

٣) بيان وإيراد أدلة وحجج أقوال المذاهب الفقهية في المسألة موضوع البحث، مع توضيح ما يحتاج إلى توضيح، ثم ايراد المناقشة بذكر ال**اعتراض**ات لكل طرف على أدلة الطرف الآخر، وايراد الردود لتلك ال**اعتراض**ات والجواب عليها إنْ وجدتْ.

٤) بيان **الرأي المختار** للباحث في نهاية كل مسألة خلافية، وذلك بحسب قوة الدليل، ومعقولية التعليل، والسلامة من ال**اعتراض** القادح، مع ذكر وجه الترجيح.

٥) عزو الآيات القرآنية الكريمة الواردة إلى سورها مع بيان رقمها.

٦) تخريج الأحاديث النبوية الواردة والحكم عليها عند الحاجة،، إن لم يكن الحديث مرويّاً في صحيحي البخاري ومسلم.

٧) تعريف وتوضيح المصطلحات والكلمات الغامضة حيثما وردت في البحث.

٨) إخراج الدراسة بشكل مرتّب ومنظّم من خلال توزيع الموضوع والمادة العلمية على فصول ومباحث ومطالب.

خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى: مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة: وتحدثت فيها عن: أهمية هذا البحث ومشكلته والدراسات السابقة له ومنهجيته وخطته.

التمهيد: تعريف التصرّف وشركة العقد وأنواعها: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الرابع: تصرّف المضارب بالإقالة

المطلب الخامس: تصرّف المضارب بيعا وشراء مع أشخاص معينين

المطلب السادس: تصرّف المضارب بالاستئجار للمضاربة

المطلب السابع: تصرّف المضارب بالاستدانة(الاقتراض)

المطلب الثامن: تصرّف المضارب بالإقراض من مال الشركة

المبحث الثاني: تصرّفات المضارب في عقود الإطلاقات والتوثيقات والحفظ والمشاركات: وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تصرّفات المضارب في عقود الإطلاقات

المطلب الثاني: تصرّفات المضارب في عقود التوثيقات

المطلب الثالث: تصرّفات المضارب في عقود الحفظ(تصرّف المضارب بالإيداع)

المطلب الرابع: تصرّفات المضارب في عقود المشاركات

المبحث الثالث: تصرّفات المضارب في عقود التبرعات والهبات: وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تصرّف المضارب بالتبرع والهبة من مال المضاربة

المطلب الثاني: تصرّف المضارب بإخراج الزكاة من مال المضاربة

المطلب الثالث: تصرّف المضارب بالسفتجة أخذاً وإعطاءً

الخاتمة: وهي خلاصة بأهم النتائج التي توصلت اليها هذه الدراسة.

التمهيد

تعريف التصرّف وشركة العقد وأنواعها

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف التصرّف لغة واصطلاحا.

المطلب الثاني: تعريف شركة العقد لغة واصطلاحا.

المطلب الثالث: أنواع شركة العقد.

المطلب الأول: تعريف التصرّف لغة واصطلاحا:

الفرع الأول: تعريف التصرّف لغة:

التصرّف مشتق من الفعل (صَرَفَ)، ومصدره (صَرْف)، ويدل على: "رَجْعُ الشيء وتقلّبه، وردُّه وتحوُّله عن وجهه" ؛ من ذلك قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا مَآ أُنزِلَتۡ سُورَةٞ نَّظَرَ بَعۡضُهُمۡ إِلَىٰ بَعۡضٍ هَلۡ يَرَىٰكُم مِّنۡ أَحَدٖ ثُمَّ ٱنصَرَفُواْ ﴾ (١) أي: رجعوا عن المكان الذي استمعوا فيه، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَتَصۡرِيفِ ٱلرِّيَٰحِ وَٱلسَّحَابِ ﴾ (٢) أي: تحويلها من جهة إلى جهة.(٣)

الفرع الثاني: تعريف التصرّف اصطلاحاً:

رغم أن لفظة التصرّف لفظة شاعت في كتب الفقهاء السابقين المتقدمين ــ رحمهم الله جميعا ــ وكثر استعمالها في كثير من أبواب الفقه، إلا أني لم أعثر ــ فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء السابقين ــ على تعريف اصطلاحي يحدد معنى "التصرّف"، ولعل سبب عدم وضعهم تعريفا للفظة "التصرّف" هو وضوح معناها في أذهانهم وشيوعها في استعمالهم بحيث لا تحتاج إلى ابرازها بتعريف خاص مستقل بها.

إلا أن عدداً من الفقهاء المعاصرين قاموا بتعريف لفظة "التصرّف" بعدة تعريفات، ومن خلال الاطلاع عليها يمكن حصرها في ستة اتجاهات:

الاتجاه الأول: عرَّف أصحاب هذا الاتجاه التصرّف بأنه: "كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا أو حكما معيناً".(٤)

الاتجاه الثاني: عرَّف أصحاب هذا الاتجاه التصرّف بأنه: "كل عمل ينشيء الالتزام وينتج أثرا

---

١ – سورة التوبة آية (١٢٧).

٢ – سورة البقرة آية (١٦٤).

٣ – ابن فارس، أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م ، ٣٤٢/٣. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ط١، دار صادر، بيروت، ١٨٩/٩، ١٩٠. الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٠٦٩/١ .

٤ – الخميّس، عبدالله بن عبدالواحد، التصرّفات الموقوفة في الفقه الاسلامي،ط١، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، ص١٤. ص١٣٣. الدرعان، عبدالله بن عبد العزيز، التصرّف الانفرادي، ط١، مكتبة التوبة، الرياض، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م، ص٧٨. محمد زكي عبدالبر، التصرّفات والوقائع الشرعية، ط١، دار القلم، الكويت، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م، ص٢٥.

شرعياً".[١]

الاتجاه الثالث: عرَّف أصحاب هذا الاتجاه التصرّف بأنه: "كل ما يكون من تصرّفات الشخص القولية، ويرتب عليه الشارع أثرا شرعيا في المستقبل."[٢]

الاتجاه الرابع: عرَّف أصحاب هذا الاتجاه التصرّف بأنه: "كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثرا من الآثار، سواء أكان ذلك في صالح ذلك الشخص أم لا."[٣]

الاتجاه الخامس: عرَّف أصحاب هذا الاتجاه التصرّف بأنه: "هو ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولا أو فعلا ويرتب عليه الشارع نتيجة ما."[٤]

الاتجاه السادس: فرَّق أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للفظة التصرّف بين مدلول عام ومدلول خاص فعرَّفوا التصرّف بتعريفين اثنين ؛ عام وخاص:[٥]

أ. التعريف العام: هو "كل ما يصدر عن الشخص من قول أو فعل، ويرتب عليه الشارع أثرا من الآثار سواء كان في صالحه أم لا."

ب. التعريف الخاص: هو "كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته من الأقوال أو الأفعال ويرتب عليه الشارع أثراً ما."

مناقشات التعريفات السابقة:

١. بعض التعريفات عرّف التصرف تعريفا شاملا للتصرفات القولية والتصرفات الفعلية

---

١ – محمصاني، صبحي، الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٩م ، ص٤٧٧. محمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٣م ، ٣٣/١.

٢ – أبو زهرة، محمد ، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي ، ص٢٠١.

٣ – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٣، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، ٨٣/٤. الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط١، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م ، ٣٧٩/١. البعلي، عبد الحميد محمود، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي ، د.ط، ص٢٤.

٤ – فراج، أحمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ط١، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص١٤١. أبو العينين، بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨م ، ص٣٦٤. شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ، ص٤١٣. الشافعي، أحمد، تاريخ الفقه الإسلامي، د.ط ، ص٢٩٨.

٥ – الهاشمي، سلطان بن إبراهيم، أحكام تصرّفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، ط١، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢م ، ص ص٤٣،٤٢.

كالتعريف الأول والرابع والخامس والتعريف العام والخاص للتعريف السادس، في حين حصر بعضها التصرف في التصرفات القولية كالتعريف الثالث.

٢. بعض التعريفات أغفل قيد الإرادة والاختيار والتمييز في الشخص الذي تصدر عن التصرفات، فشمل بذلك التصرّفات الصادرة عن أي شخص، سواء صدرت من مميز أو غير مميز، أو من مكلف أو غير مكلف، وسواء أكان بإرادته أم بغير إرادته، فيكون التعريف غير مانع، كالتعريف الأول والثالث والتعريف العام من التعريف السادس، في حين ذكرت بعض التعريفات قيد الإرادة فأخرجت بذلك أقوال وأفعال بعض فاقدي الأهلية والإرادة، كالنائم والمكرَه كالتعريف الرابع والخامس، وبعضها ذكر قيد التمييز بالإضافة إلى قيد الإرادة، فأخرج بذلك تصرّفات الصبي غير المميز كالتعريف الخامس و التعريف الخاص من التعريف السادس.

٣. بعض التعريفات السابقة كالتعريف الثاني عرَّف التصرّف تعريفا حصر بموجبه التصرّف في نوع من أنواعه، وخصَّه بجزء من أجزائه، وذلك حينما عرف التصرّف بكل عمل ينشئ الالتزام، إذ التصرّف أعم من الالتزام، فالتصرّف هو مصدر من مصادر الالتزام، أي أن التصرّف هو السبب المنشئ للالتزام، والالتزام أثر له[1]؛ فكل التزام تصرّف وليس كل تصرّف التزام[2]، وعليه فإن هذا التعريف تعريف غير جامع، إذ يخرج ما يعتبر تصرّفا من التصرّف.

٤. بعض التعريفات فيها دور وغموض كالتعريف الثالث.

٥. بعض التعريفات أشار في تعريفه إلى شمول التصرف للتصرّفات النافعة والضارة كالتعريف الرابع والتعريف العام من التعريف السادس.

التعريف المختار:

وبناء على ما سبق من تعريفات الفقهاء المعاصرين للتصرّف واتجاهاتهم في ذلك وما أوردناه عليها من مناقشة، يمكن أن نقول بأن ما اتجه إليه أصحاب الاتجاه السادس من وضعهم تعريفين للتصرّف عام وخاص هو التعريف المختار للفظة التصرّف.

وذلك لأن المتتبع لمواطن ورود كلمة التصرّف في كلام الفقهاء المتقدمين وكتبهم في شتى أبواب الفقه، يجد أن الفقهاء يطلقون كلمة التصرّف في بعض الأحيان في كلامهم،

---

١ – زيدان، عبدالكريم، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط١٥، مؤسسة الرسالة، بيروت،١٤١٩هـ – ١٩٩٨م ، ص٢٤١.

٢ – شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، ص٤١٣. الدرعان، التصرّف الانفرادي، ص٧٨.

ويريدون بها تلك التصرّفات التي تصدر من أصحاب الأهلية والإرادة، والتي لو صدرت ــ أي تلك التصرّفات ــ من فاقدي الأهلية والإرادة لا يعتبرونها تصرّفات شرعية يرتب عليها الشارع أثرا، بل يعتبرونها لغوا لا أثر لها، كالبيع والشراء والإقالة والإجارة والشركة والمضاربة والمزارعة والنكاح والطلاق والخلع والوقف والهبة والصدقة وغيرها من التصرّفات التي يشترط فيها الأهلية والإرادة والاختيار.

ونجدهم في أحيان أخرى يطلقون كلمة التصرّف ويريدون بها عموم تلك التصرّفات التي تصدر من الشخص ــ بغض النظر عن أهليته وإرادته ــ ويرتب عليها الشارع أثرا، ولو صدرت ــ أي تلك التصرّفات ــ من بعض فاقدي الأهلية والإرادة، حيث يعتبرونها تصرّفات شرعية يرتب عليها الشارع أثرا وحكما، كبعض ما يصدر عن الصبي غير المميز والمجنون والمكرَه والهازل وغيرهم، كإتلافهم وغصبهم مال الغير وجناياتهم على النفس وما دون النفس وما يترتب عليه من الضمان والتعويض.

وفي الجملة فإن كتب الفقه تذكر كلمة "التصرّف" وتريد بها أحيانا المعنى العام وهو: ما يصدر من الشخص ويرتب عليه الشارع أثرا، وتذكرها أحيانا، وتريد بها المعنى الخاص، وهو: ما لا يعتبر منتجا لآثاره وأحكامه الشرعية إلا بصدوره من شخص مميز مكلف بإرادته.

وبناء على ذلك كله كان لا بد من التفريق عند تعريف لفظة التصرّف بين معنيين عام وخاص، وعليه كان تعريف الاتجاه السادس هو التعريف المختار والراجح، والله تعالى أعلم.

<u>الفرع الثالث: تعريف تصرّف الشريك:</u>

ومن خلال ما سبق نجد أن التعريف الخاص للتصرّف هو الذي ينطبق على تصرّفات الشريك في شركة العقد موضوع البحث، وذلك لأن تصرّفات الشريك تحتاج إلى حذق ومهارة وخبرة كالبيع والشراء والاستئجار والتوكيل ونحوه، وهو ما لا يستطيعه ولا يتقنه فاقد الإرادة، ولذا يشترط في من تصدر عنه الشركة الأهلية والإرادة والاختيار.

وبناء على ذلك يمكننا أن نصل إلى أن المقصود بتصرّفات الشريك:

((هو كل ما يصدر عن الشريك المميز بإرادته بصفته وكيلا عن شريكه في محل الشركة أو ما يتعلق به من الأقوال والأفعال، ويرتب الشارع عليها أثرا وحكما شرعيا.))

<u>شرح محترزات التعريف السابق:</u>

- قيد (الشريك) يخرج به تصرّفات غير الشركاء كتصرّفات الفضولي في مال الشركة، وتصرّفات الشريك قبل انعقاد الشركة وبعد انتهاء الشركة.

- قيد (المميز بإرادته) تخرج به تصرّفات فاقد الإرادة والتمييز كتصرّفات الصبي غير المميز والمجنون والمكره ونحوهم.
- قيد (بصفته وكيلا) يخرج به ما يصدر عن الشريك لا بوصفه وكيلا عن شريكه، كشراء الشريك شيئا لنفسه لا للشركة، وكذلك بيعه شيئا من ماله الخاص، وتوكيله لشخص لأغراضه الشخصية الخاصة، واستئجاره من حاجاته الخاصة، وهكذا.
- قيد (في محل الشركة أو ما يتعلق به) يشمل تلك التصرّفات التي تكون فقط في نطاق محل الشركة أو تمسه بوجه من الوجوه، فتخرج به تلك التصرّفات التي لا تكون في نطاق الشركة كالنكاح والطلاق والجنايات على النفس وما دون النفس والغصب وإتلاف أموال الغير.
- قيد (من الأقوال والأفعال) فيشمل التصرّفات القولية والفعلية التي تصدر من الشريك.

المطلب الثاني: تعريف شركة العقد لغة واصطلاحا:

الفرع الأول: تعريف الشركة لغة واصطلاحا:

أولا: تعريف الشركة لغة:

الشَّرِكَة والشِّرْكَةُ سواء، ويجوز الشَرْكَة أيضا، وهو اسم مصدر شَرِكَ، وهو يدل على معنيين:[١]

أ. "المقارنة والمخالطة، وخلاف الانفراد": فالمقصود بالشركة أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، ومنه قوله تعالى حكاية عن موسى عليه السلام في شأن أخيه هارون:

﴿ وَأَشْرِكْهُ فِيٓ أَمْرِي ﴾[٢]

ب. "الامتداد والاستقامة": ومنه شَرَكَ الطريق أي اتساعها وامتدادها واستقامتها، ومنه أيضا شِرَكُ النعل وشِرَاكها أي سَيْرُها الذي على ظهر القدم، سمي بذلك لاستقامته وامتداده.

والشركة في الشرع تتناسب مع المعنى الأول في اللغة للفظ (شَرِكَ) من كونه: خلط النصيبين واختلاطهما.[٣]

---

١ – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٢٦٥/٣. ابن منظور، لسان العرب،٤٤٨/١٠، ٤٥٠، ٤٥١.

٢ – سورة طه آية (٣٢).

٣ – ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق، ط٢، دار المعرفة، بيروت،. ١٧٩/٥. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧م، ١٥٢/٦. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، ط١، تحقيق محمد حلاق وعامر حسين، دار إحياء التراث

<u>ثانيا: تعريف الشركة اصطلاحاً:</u>

وقد تباينت تعريفات الفقهاء للشركة، ويمكن إجمال تعريفاتهم فيما يلي:

١) <u>تعريف **الحنفية**:</u> عرَّف **الحنفية** الشركة بما يلي:

أ. "عقد بين المتشاركين في الأصل والربح."[١]

ب. "اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم بذلك الشيء أو العقد المسبب لهذا الاختصاص."[٢]

٢) <u>تعريف **المالكية**:</u> وعرَّفها **المالكية** بأنها: "تقرر متمول بين مالكين فأكثر." [٣]

٣) <u>تعريف **الشافعية**:</u> وعرَّفها **الشافعية** بما يلي:

أ. "ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع."[٤]

ب. "ثبوت الحق شائعا في شيء لأكثر من واحد أو عقد يقتضي ذلك."[٥]

٤) <u>تعريف **الحنابلة**:</u>وعرَّفها **الحنابلة** بأنها: "اجتماع في استحقاق أو تصرّف."[١]

العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٩هـ– ١٩٩٨م ، ٦/٣٦٢–٣٦٣، ٣٦٩. وزارة الأوقاف الكويتية، <u>الموسوعة الفقهية الكويتية</u>، ط١، دار الصفوة، الكويت، ١٤١٢هـ–١٩٩٢م ،٢٦/٢٠.

١ – الحصكفي، محمد بن علي ، <u>الدر المختار شرح تنوير الأبصار</u>، ط١، تحقيق محمد حلاق وعامر حسين، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٩هـ– ١٩٩٨م.، ٦/٣٦٣.

٢ – علي حيدر، <u>درر الحكام شرح مجلة الأحكام</u>، تحقيق وتعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت ، ٣/٢.

٣ – الحطاب، محمد بن محمد، <u>مواهب الجليل لشرح مختصر خليل</u>، ط.خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ– ٢٠٠٣م، ٧/٦٥. البناني، **محمد بن الحسن** ، <u>الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني</u>، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢م ، ٦/٧٣.

٤ – الشربيني، محمد بن أحمد، <u>مغني المحتاج</u>، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م ، ٢/٢٧٤. النووي، يحيى بن شرف، <u>روضة الطالبين وعمدة المفتين</u>، ط٣، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق–بيروت–عمان، ١٤١٢هـ – ١٩٩١م ، ٤/٢٧٥. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، <u>العزيز ،</u> تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م ، ٥/١٨٦. الأنصاري، زكريا بن محمد، <u>أسنى المطالب شرح ورض الطالب</u>، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م ، ٥/٣.

٥ – الهيتمي، أحمد بن حجر، <u>تحفة المحتاج بشرح المنهاج</u>، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م ، ٢/٣١٣. الرملي، محمد بن أبي العباس ، <u>نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج</u>، ط.الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ–١٩٦٧م ، ٥/٣.

٥) تعريف **الزيدية:** وعرَّفها **الزيدية** بأنها: "ثبوت الحق لاثنين فأكثر."[٢]

٦) تعريف **الجعفرية:** وعرَّفها **الجعفرية** بما يلي:

أ. "اجتماع حقوق الملاك، في الشيء الواحد، على سبيل الشياع."[٣]

ب. "اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد، أو العقد المثمر جواز تصرّف الملاك في المال المشترك."[٤]

مناقشة التعريفات السابقة:

١. إن تعريف **الحنفية** الأول ينطبق على شركة العقد، ولا يشمل شركة الملك[٥] لخلو شركة

---

١ – الحجاوي، موسى بن أحمد، الإقناع في فقه الإمام أحمد، دار المعرفة، بيروت ، ٢٥٢/٢. المرداوي، علي بن سليمان ، الإنصاف، ط١، تحقيق محمد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٧٦هـ – ١٩٥٦م ، ٤٠٧/٥. ابن قدامة، عبدالله بن أحمد ، المغني، ط١، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م ، ١٠٩/٧. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت – دمشق ، ٣/٥. الزركشي، محمد بن عبدالله، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، ط١، تحقيق عبدالله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٣هـ – ١٩٩٣م ، ١٢٤/٤. الفتوحي، محمد بن أحمد، منتهى الإرادات، ط١، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م ، ٥/٣.

٢ – العنسي، أحمد بن قاسم، التاج المذهب، ط١، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، ١٣٦٦هـ – ١٩٤٧م ، ١٧٢/٣.

٣ – المحقق الحلي، جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، ط٣، تحقيق عبد الحسين محمد، دار الأضواء، بيروت، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م ، ١١٧/٢. الحلي، الحسن بن يوسف، قواعد الأحكام في مسائل الحلال والحرام، ط١، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، ١٤١١هـ–١٩٩١م ، ٧/٨.

٤ – الجبعي العاملي، زين الدين بن علي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط١، مطبعة الآداب، جامعة النجف الدينية، النجف ، ٢٠٢/٤.

٥ – والشركة قسمان: شركة عقد وشركة ملك ، وقد عرَّف **الحنفية** شركة ملك: (أن يملك متعدد اثنان فأكثر عينا، أو دينا بإرث أو بيع أو غيرهما). وعرَّفها **المالكية** بأنها: (تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكا فقط). وعرَّفها **الحنابلة** بأنها: (اجتماع في استحقاق). وعرفها **الشافعية** بأنها: (ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع). وعرّفها **الزيدية:** (ثبوت الحق لاثنين فأكثر). وعرّفها الإمامية: (اجتماع حقوق الملاك، في الشيء الواحد، على سبيل الشياع). انظر: الحصكفي، الدر المختار، ٣٦٣/٦–٣٦٤. الخُرشي، محمد بن عبدالله، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م ، ٣٣٥/٦. المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل، ط.خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ–٢٠٠٣م ، ٦٦/٧. النووي، روضة الطالبين، ٢٧٥/٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٤/٢. المرداوي،

الملك من الربح، لأن الربح هو ما كان ناشئا عن تقليب المال والتصرّف والعمل فيه.

٢. إن تعريف **المالكية** وتعريف **الشافعية** الأول وتعريف **الزيدية** وتعريف **الجعفرية** الأول ينطبق على شركة الملك، ولا يشمل شركة العقد، فجميعها ذكرت حكم الشركة من ثبوت حق الاشتراك في شيء دون ذكر سبب الشركة من العقد المقتضي لذلك الحق.

٣. إن تعريف **الحنابلة** أشار إلى شركة الملك بقوله (اجتماع في استحقاق)، والى شركة العقد بقوله (أو تصرّف)[١]، إلا أن الاجتماع في التصرّف ليس هو شركة العقد نفسها بل هو من مقتضياتها وأثر من آثارها، كما أنه غير جامع لكل أنواع شركة العقد، إذ لا يشمل المضاربة.

٤. إن **التعريف الثاني للحنفية** و**التعريف الثاني للشافعية** و**التعريف الثاني للجعفرية** متقاربات في المضمون إلى حد كبير، فهي تشمل كلاً من شركتي الملك والعقد، إذ أشارت إلى شركة الملك بالقسم الأول من كل منها، كما أشارت إلى شركة العقد بالقسم الثاني من كل منها، إلا أن **التعريف الثاني للجعفرية** قصر شركة العقد على شركة الأموال، وأخرج شركتي الأعمال والوجوه بقوله (الملاك)[٢]، كما أخرج شركة المضاربة بقوله (تصرّف الملاك)، لأن المضارب لا يكون مالكا في رأس المال أولاً، ثم إن التصرّف يكون للمضارب دون مالك المال ثانياً، كما أن تعريف **الجعفرية** الثاني قصر حق الاشتراك والاجتماع بين المتعاقدين في التصرّف، فلم ينص على أن الاشتراك هو في الربح الذي يعد أمرا أساسيا في

الإنصاف، ٤٠٧/٥. ابن مفلح، المبدع، ٣/٥. الحجاوي، الإقناع، ٢٥٢/٢. العنسي، التاج المذهب، ١٧٢/٣. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١١٧/٢. الحلي، قواعد الأحكام، ٧/٨.

وشركة الملك قد تكون اختيارية بأن تثبت بإرادة الشريكين سواء بواسطة عقد أم بدونه، كأن يشتريا شيئا أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا، وقد تكون جبرية بأن تثبت دون إرادة أحد من الشريكين كالشركة التي تكون بين الورثة في المال الموروث بسبب الميراث. انظر: الكاساني، علاء الدين بن مسعود، بدائع الصنائع، ط٣، تحقيق محمد عدنان، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤٢١هـ –٢٠٠٠م ، ٧٣/٥. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، ط٢، دار المعرفة، بيروت ، ١٥١/١١. الشلبي، شهاب الدين أحمد، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، ط١، تحقيق أحمد عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م ، ٢٣٤/٤. الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، ط١، تحقيق علي معوَّض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م ، ٤٧٢/٦.

١ – البهوتي، منصور بن يونس ، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ–١٩٨٣م ، ٤٩٦/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٠٧/٥.

٢ – الكركي، علي بن الحسين، جامع المقاصد، ط١، مؤسسة آل البيت، بيروت، ١٤١١هـ–١٩٩١م ، ٨/٨.

شركة العقد، ولم يطلقه ويجعله عاما بحيث يشمل الاشتراك في الربح كلفظ (شيء)، إذ إن الاشتراك في الربح هو القاسم المشترك بين جميع أقسام شركة العقد، أما الاشتراك في التصرّف فليس كذلك، إذ تخرج به المضاربة من شركة العقد، فلو عبر عنه بـ(أو العقد المثمر لذلك الاجتماع) لكان أولى وأدق، والله تعالى أعلم.

التعريف المختار:

وبناء على ما سبق، يمكننا **ترجيح التعريف الثاني للشافعية** ليكون تعريفا للشركة، والذي عرَّف الشركة بأنها (ثبوت الحق شائعا في شيء لأكثر من واحد أو عقد يقتضي ذلك)، وذلك لأن هذا التعريف يعتبر تعريفا جامعا لجميع أقسام الشركة فيشمل شركة الملك بكافة أنواعها وشركة العقد بكافة أنواعها، كما يعتبر تعريفا مانعا من دخول ما ليس منه فيه، إضافة إلى أنه تعريف مختصر معبر بأدق معنى وأقل عبارة، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تعريف العقد لغة واصطلاحا:

أولا: تعريف العقد لغة:

هو لغة مصدر: عَقَدَ العَقْدَ يَعْقِدُهُ عَقْدَاً وتَعَقَّادَا، وهو يدل على "الربط والشد والتوثيق والتأكيد والإحكام والإبرام" وهو نقيض الحل، سواء أكان ذلك ربطا حسيا كعقد الحبل وعقد البناء والقلادة ونحوه أم كان معنويا كعقد اليمين والعهد أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، وعقد النكاح والبيع أي ربط بين إيجاب وقبول ونحوه.[١]

ثانيا: تعريف العقد اصطلاحا:

لدى تتبع ورود لفظة (العقد) في كلام الفقهاء وتناولهم لها في كتبهم يلاحظ بأن لفظة (العقد) في اصطلاح الفقهاء تدور حول معنيين: معنى عام ومعنى خاص.

أ. **المعنى العام للعقد:**

هو "ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه"[٢]، أو بعبارة أخرى هو التزام الإنسان بما تعهد بالوفاء به سواء أكان التزاما في مقابل التزام آخر كالبيع والنكاح والإجارة أم لا كاليمين والنذر والطلاق وسواء أكان التزامه دينيا كأداء الفرائض

---

١ – ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ٨٦/٤-٨٩. ابن منظور، لسان العرب، ٢٩٦/٣-٣٠٠. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ٣٨٣/١-٣٨٤ . أحمد بن محمد المقري، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، ٤٢١/٢ .

٢ – الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق محمد قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ٢٨٥/٣.

والواجبات وترك المحرمات، أم التزاما دنيويا.[١]

ب. **المعنى الخاص للعقد:**

وهو ما كان من التزام بين طرفين متقابلين، فيخرج من مسمى العقد ما كان التزاماً من طرف واحد كاليمين والنذر ونحوه فلا يعد عقدا بالمعنى الخاص، وهذا المعنى هو المـراد فـي الغالب لدى معظم الفقهاء عندما يطلقون لفظ العقد في بحثهم.[٢]

ويمكن إجمال تعريفات العلماء للعقد بمعناه الخاص بما يلي:

التعريف الأول: "مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القـائم مقامهمـا أعني متولي الطرفين."[٣]

التعريف الثاني: "ربط أجزاء التصرّف ــ أي الإيجاب والقبول ــ شرعا."[٤]

التعريف الثالث: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه."[٥]

التعريف الرابع: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول."[٦]

التعريف الخامس: "توافق إرادتين على إحداث فعل مشروع على وجه يظهر أثره فـي المحـل على وجه الإلزام."[٧]

---

١ – القره داغي، علي، مبدأ الرضا في العقود، ط١، دار البشائر، بيروت، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٥م ، ١/١١١-١١٢. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٨٠.ابو زهرة، محمد أبو زهرة، الملكية ونظريـة العقـد، دار الفكر العربي، ص٢٠٠.

٢ – القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ١/١١٣-١١٦. سراج، محمد أحمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٢، ص١٩. الهاشمي، أحكام تصرّفات الوكيل، ص ص٥٢-٥٤. الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤/٨١.

٣ – ابن الهمام، شرح فتح القدير،٣/١٨٧. ابن عابدين، رد المحتار، ٤/٥٢

٤ – ابن عابدين، رد المحتار، ٤/٥٩ . داماد افندي، عبدالله بن محمد ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحـر، دار إحياء التراث العربي ، ١/٣١٦

٥ – قدري باشا، محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط١، الدار العربية، عَمَّان، ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م ، ص٧٢. أبو العينين، تاريخ الفقه الإسلامي، ص٣٦٣.الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/٣٨٢. أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص١٩٩.

٦ – علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ١/٩١، المادة (١٠٣). محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود، ص٢٦٤.

٧ – الدرعان، التصرّف الانفرادي، ص٧٩.

التعريف السادس: "التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول."[١]

مناقشة التعريفات السابقة: [٢]

١. بعض التعريفات السابقة احتوي حشوا وزيادة لا داعي لها كلفظ (المتكلمين) و عبارة (كلام الواحد القائم مقامهما) في **التعريف الأول**، لأن المقصود بها العاقدين، وعبارة (من أحد العاقدين) في **التعريف الثالث** ولفظ (التعهد والالتزام) و (المتعاقدين) في **التعريف الرابع**.

٢. لفظ (المتكلمين) في **التعريف الأول** خرج به بعض العقود التي تصح بالمعاطاة، وحصر العقد في نوع واحد وهو العقود القولية.

٣. أغفل **التعريف الأول** قيد ارتباط الإيجاب والقبول.

٤. احتوى **التعريف الثاني** لفظ (أجزاء التصرّف) وهو لفظ مبهم غير واضح.

٥. أخرج **التعريف الثاني** بقيد(شرعا) الربط غير الشرعي كالعقود الفاسدة والباطلة.

٦. أخرج **التعريف الثالث** والخامس بقيد ترتب الأثر في المحل العقود الفاسدة والباطلة والموقوفة.

٧. إن **التعريف الثالث** والخامس هو تعريف للانعقاد وليس للعقد، والعقد أعم والانعقاد أخص.

٨. إن **التعريف الثالث** جعل ترتيب الأثر ركنا في العقد، وهذا بعيد.

٩. إن قيد (في المعقود عليه) في **التعريف الثالث** يفضي إلى الدور، والأصوب (في محله).

١٠. إن عبارة (اتفاق إرادتين) في **التعريف الخامس** تعبير غير دقيق، إذ العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، بل هو الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلا بهذا الاتفاق، كما أن اتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده، إذ إن الإرادة أمر خفي لا يقف عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة .

التعريف المختار:

وبناء على ما سبق من تعريفات العلماء للعقد وما ورد عليها من مناقشة، يمكننا القول بأن التعريف المختار للعقد هو **التعريف السادس** الذي عرَّف العقد بأنه: (التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول)، وذلك لما يلي:

---

١ – القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ١٢٥/١. الهاشمي، أحكام تصرّفات الوكيل، ص٦١.

٢ – انظر المناقشات: القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ١١٨/١– ١٢٥. الهاشمي، أحكام تصرّفات الوكيل، ص٥٥–٦٠. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٣٨٢/١، ٣٨٤–٣٨٥ بتصرّف. شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص٤١٦.

١. إن هذا التعريف تعريف جامع لجميع أنواع العقود وأقسامها، إذ يشمل العقود التي يترتب عليها أثر والتي لا يترتب عليها أثر، فيشمل بذلك العقود الصحيحة والفاسدة والباطلة والموقوفة.كما يشمل التعريف العقود التي تنعقد بالألفاظ والعقود التي تنعقد بالأفعال.

٢. إن هذا التعريف تعريف مانع، إذ يخرج منه ما كان التزاما صادرا من طرف واحد من غير ارتباط الإيجاب بالقبول، كالطلاق واليمين والنذر ونحوه، فيحصر العقد فيما كان التزاما حاصلا بارتباط إيجاب وقبول صادرا من طرفين كالبيع والنكاح ونحوه.

٣. إن هذا التعريف قد راعى المعنى اللغوي في صياغته لتعريف العقد اصطلاحا، وذلك حينما عبَّر عنه بأنه (التزام) فناسب المعنى اللغوي للعقد من كونه (توثيق وتأكيد وإحكام وإبرام وعهد)، وحينما عبَّر بأنه (ارتباط الإيجاب والقبول) ناسب المعنى اللغوي للعقد من كونه (ربط وشدٌّ ووصل الشيء ببعضه)، والعلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، وإن لم تكن مشروطة، لكن رعايتها أولى في حالة الإمكان من إهمالها وعدمها، مع أن المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي، إلا أن بينهما مناسبة ينبغي اعتبارها، يقول أبو زهرة: "...هذا معنى العقد في اللغة، والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له، وتخصيص لما فيه من العموم".[١]

الفرع الثالث: تعريف شركة العقد اصطلاحاً:

تنقسم الشركة عند الفقهاء إلى شركة ملك وشركة عقد[٢]، وشركة العقد تسمى أيضا شركة التجر[٣] وشركة المكاسب[٤]، والمقصود بشركة العقد هي الشركة الناشئة عن اختيار وعقد

---

١ – أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص١٩٩.

٢ – المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧م ، ١٥٣/٥. السرخسي، المبسوط، ١٥١/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٣/٥. الحطّاب، مواهب الجليل، ٦٤/٧. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٠/٣. الرافعي، العزيز، ١٨٦/٥. ابن قدامة، المغني، ١٠٩/٧. ابن مفلح، المبدع، ٣/٥.

٣ – الحطّاب، مواهب الجليل ٦٥/٧. البناني، الفتح الرباني، ٧٣/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٣٥/٦.

٤ – ابن المرتضى، أحمد بن يحيى، البحر الزخار، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ–٢٠٠١م ، ١٣٩/٥. ابن المرتضى، أحمد بن يحيى ، كتاب الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ١٤١٤هـ–١٩٩٣م ، ص١٩٦.

بقصد التصرّف وتحصيل الربح[1]، ويمكن إجمال التعريفات الواردة في شركة العقد فيما يلي:

أولا: تعريف **الحنفية**: عرَّف **الحنفية** شركة العقد بما يلي:

١) "عقد بين المتشاركين في الأصل والربح."[2]

٢) "عقد شركة بين اثنين أو أكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهم."[3]

مناقشة التعريف الأول:

١. إن هذا التعريف غير جامع حيث خرجت المضاربة بقيد (المتشاركين في الأصل)، لأن التشارك فيها بين العامل ورب المال إنما هو في الربح دون الأصل.[4]

٢. لفظ (المتشاركين) مشكل، فهو يقتضي أن يسبق شركة العقد وجود شركة بين المتعاقدين.[5]

٣. يعتبر هذا التعريف مانعا من دخول شركة الملك فيه، لأن الاشتراك فيها يكون في الأصل فقط، لخلو شركة الملك من الربحه.

مناقشة التعريف الثاني:[6]

١. كان من اللازم حذف لفظ الشركة من التعريف حتى لا يلزم في التعريف دور باطل.

٢. يعتبر هذا التعريف غير جامع لجميع أقسام شركة العقد، فأخرج المضاربة باشتراط أن يكون رأس المال والربح مشتركين، لأن الربح دون رأس المال هو المشترك في المضاربة، وأخرج شركتي الوجوه والأعمال من التعريف بلفظ (رأس المال) ، إذ ليس لهما رأس مال.

٣. هذا التعريف مانع من دخول البضاعة التي لا يكون ربحها مشتركا.

ثانيا: تعريف **المالكية**: عرَّف **المالكية** شركة العقد بما يلي:

١. "إذن في التصرّف لهما مع أنفسهما"[1]، أي: أذن كل واحد من المتشاركين لصاحبه في

---

١ – الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٤/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٣/٥. الحطّاب، مواهب الجليل ٦٤/٧. الحصكفي، الدر المختار، ٣٦٩/٦.

٢ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٦٣/٦ . داماد أفندي، مجمع الأنهر، ٧١٤/١

٣ – علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٥٧/٣ المادة (١٣٢٩)

٤ – الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٣/٢٦.

٥ – هذا ما علّق به أستاذنا الفاضل محمد نعيم ياسين في إحدى محاضرات مادة الشركة.

٦ – علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٥٧/٣.

أن يتصرّف في ماله أو ببدنه له ولصاحبه مع تصرّفهما لأنفسهما أيضا[٢]

٢. "بيعُ مالكِ كلٍ بعضَه ببعضِ كلِ الآخرِ موجبٌ صحة تصرّفهما في الجميع".[٣]

٣. "عقد مالكي مالين فأكثر من مالك على التجر فيهما معا أو على عمل والربح بينهما."[٤]

مناقشة التعريف الأول:

١. هذا التعريف مانع من دخول ما ليس منه فيه، فأخرج شركة الملك لعدم اشتمالها على إذن كل من الشريكين للآخر، وأخرج الوكالة بقوله (لهما) لأنها ليس فيها أذن من الموكل للوكيل في أن يتصرّف في الشيء الموكل فيه للموكل وحده. [٥]

٢. التعريف غير جامع، فلا يشمل المضاربة، لأن الإذن في المضاربة للمضارب دون المالك.

٣. التعريف شمل شركة الأموال والأعمال، وشمل شركة الوجوه [٦] والتي لا يقول بها **المالكية.**

٤. التعريف عرّف شركة العقد بأثر من أثاره ، عندما عبر عنها بأنها (إذن)، وذلك لا يستقيم في التعريف، لأن الشركة ليست الإذن نفسه، بل هي العقد المقتضي لهذا الإذن، والإذن ليس هو شركة العقد ذاتها بل هو أثر من آثارها وحكم من أحكامها.

مناقشة التعريف الثاني:

١. إن التعريف غير جامع إذ لا يشمل شركة المضاربة، لأن ربّ المال فيها لا يبيع بعض ملكه ببعض ملك المضارب.

---

١ – خليل، خليل بن اسحاق ، مختصر خليل، ط.خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٣م ، ٦٤/٧.

٢ – الحطّاب، مواهب الجليل، ٦٤/٧. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٣٦/٦. الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢م ، ٧٢/٦.

٣ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٣٥/٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٦٥/٧. المواق، التاج والإكليل، ٦٦/٧.

٤ – الدردير، الشرح الصغير، ٢٨٩/٣–٢٩٠.

٥ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٣٦/٦. الحطّاب، مواهب الجليل ٦٤/٧، الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٧٢/٦.

٦ – الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ–٢٠٠٣م ، ٥/٣.

٢. إن التعريف مانع من دخول ما ليس منه فيه، فتخرج شركة الملك منه بقوله (صحة تصرّفهما في الجميع) [1]، وذلك لعدم صحة تصرّف كل من شريكي الملك في حصة صاحبه.

٣. إن التعريف شمل كلا من شركة الأموال والأعمال[2]، كما شمل شركة الوجوه والتي لا يقول بها **المالكية**، أي كأن كل شريك قد اشترى نصف ذممه بنصف ذمم الآخر وباع كل واحد منهما نصفه للآخر.[3]

٤. إن تعريف شركة العقد بأنها (بيع) تعريف غير دقيق، لأن لفظ (موجبٌ صحة..) هي صفة للبيع، إلا أن البيع لا يولّد صحة التصرّف في الجميع، إذ لا وجود لذلك عند الفقهاء.[4]

٥. يفهم من التعريف أن عقد الشركة عند **المالكية** يتضمن البيع مع التوكيل بالتصرّف فبمجرد قولهم "اشتركنا" يكون كل شريك قد باع حصته بحصة شريكه مع التوكيل بالتصرّف.[5]

<u>مناقشة التعريف الثالث:</u>

١. إن التعريف غير جامع لأنواع شركة العقد، فلم يشمل شركة الوجوه، ولم يشمل المضاربة لأن المال فيها يكون من طرف والعمل من الطرف الآخر، وشمل شركة الأموال والأعمال.

٢. إن التعريف مانع من دخول ما ليس منه فيه، فتخرج شركة الملك منه.

<u>ثالثا: تعريف **الشافعية**:</u> عرَّف **الشافعية** شركة العقد بما يلي:

١. "عقد يقتضي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع."[6]

٢. "عقد يقتضي ثبوت التصرّف في شيء للعاقدين أو لأحدهما."[7]

---

١ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٣٥/٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٦٥/٧. البناني، الفتح الرباني، ٧٣/٦.

٢ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٣٥/٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٦٥/٧. البناني، الفتح الرباني، ٧٣/٦.

٣ – هذا ما علّق به أستاذنا الفاضل محمد نعيم ياسين في إحدى محاضرات مادة الشركة.

٤ – هذا ما علّق به أستاذنا الفاضل محمد نعيم ياسين في إحدى محاضرات مادة الشركة.

٥ – هذا ما علّق به أستاذنا الفاضل محمد نعيم ياسين في إحدى محاضرات مادة الشركة.

٦ – الحجاوي، الإقناع، ١٢٤/٣. الرملي، نهاية المحتاج، ٣/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٣/٢.

٧ – البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر ، <u>البجيرمي على الخطيب</u> ، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ –١٩٩٥م ، ١٢٤/٣–١٢٥.

مناقشة التعريف الأول:

١. إن هذا التعريف غير مانع، لدخول شركة الملك فيه [١]، لأن منها ما يكون عن عقد..

٢. التعريف جامع لجميع أنواع شركة العقد لعموم لفظ (شيء).

مناقشة **التعريف الثاني:**

١. إن هذا التعريف مانع من دخول ما ليس منه فيه، إذ خرجت شركة الملك من التعريف[٢]، لأن كلاً من الشريكين كالأجنبي في التصرّف في نصيب الآخر.

٢. إن التعريف جامع لجميع أنواع شركة العقد لعموم لفظ (شيء).

٣. أغفل أمر (الاشتراك في الربح)، والذي يعدُّ أمرا جوهريا في شركة العقد..

رابعا: تعريف **الحنابلة:** عرَّف **الحنابلة** شركة العقد بأنها: "اجتماع في تصرّف."[٣]

مناقشة التعريف:

١. إن التعريف غير جامع إذ لا يشمل شركة المضاربة[٤] لأن التصرّف فيها للمضارب وحده.

٢. إن التعريف غير مانع لدخول غير الشركة تحته، فتدخل الوكالة بقوله (اجتماع في تصرّف).

٣. أغفل أمر (الاشتراك في الربح)، والذي يعدُّ أمرا جوهريا في شركة العقد.

٤. عرّف شركة العقد بأثر من آثارها وحكم من أحكامها، فالاجتماع ليس هو الشركة نفسها.

خامسا: تعريف **الجعفرية:** عرَّف **الجعفرية** شركة العقد بأنها: "عقد ثمرته جواز تصرّف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع."[٥]

مناقشة التعريف:

١. إن التعريف مانع من دخول ما ليس منه فيه، إذ تخرج شركة الملك من التعريف[٦]،

---

١ – البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ٣/١٢٤–١٢٥.

٢ – البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ٣/١٢٥.

٣ – الرحيباني، مصطفى بن سعد ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق ، ٣/٤٩٤. البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات ، دار عالم الكتب، بيروت ، ٢/٣١٩.المرداوي، الإنصاف، ٥/٤٠٧. البهوتي، كشاف القناع، ٣/٤٩٦. ابن مفلح، المبدع، ٥/٣.

٤ – الموسوعة الفقهية الكويتية، ٢٦/٣٣.

٥ – الكركي، جامع المقاصد، ٨/٩. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٤/٢٠٢.

٦ – الكركي، جامع المقاصد، ٨/٩.

لعدم جواز تصرّف الشريك فيها في غير نصيبه.

٢. إن التعريف غير جامع إذ اقتصر على شركة الأموال فقط دون سائر أنواع شركة العقد، فلم يشمل التعريف كلاً من شركتي الأعمال والوجوه بدلالة قوله (الملاك للشيء)، ، كما لم يشمل شركة المضاربة، لأن المضارب لا يكون مالكا في رأس المال، وإنما متصرّف فيه فقط، كما أن التصرّف في المضاربة هو للمضارب وحده دون ربّ المال.

٣. أغفل أمر (الاشتراك في الربح)، الذي لا يسوغ إغفاله ولا التغاضي عنه في التعريف.

٤. يلاحظ أن هذا التعريف يشترط وجود شركة ملك بين العاقدين في المال تسبق إبرام شركة العقد، وذلك بخلط أموال المتعاقدين على وجه لا يتميز بعضها عن بعض.

سادسا: تعريف المعاصرين لشركة العقد:

١. تعريف علي فكري: "العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه."(١)

مناقشة التعريف:

إن هذا التعريف غير جامع إذ اقتصر على نوع واحد من شركة العقد وهو شركة الأموال فقط، فلم يشمل كلاً من شركة الوجوه والمضاربة والأعمال كما هو واضح.

٢. تعريف أحمد أبو الفتح: "تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال أو الوجاهة ليكون الغنم والغرم بينهما حسب الاتفاق المشروع."(٢)

مناقشة التعريف:

١) إن هذا التعريف تعريف مانع من دخول شركة الملك.

٢) التعريف جعل توزيع الأرباح والخسائر على حسب الاتفاق، وهو أمر مختلف فيه.

٣) إن هذا التعريف غير جامع لأنواع شركة العقد، فلا يشمل شركة المضاربة، لأن التعاقد فيها يكون على العمل من أحد الشريكين وهو المضارب، لا من كلا الشريكين.

٣. تعريف إبراهيم عبد الحميد: "عقد بين اثنين فأكثر يقتضي إذن الجميع أو بعضهم في

---

١ – فكري، علي، المعاملات المادية والأدبية، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٥٧هـ–١٩٣٨، ص٢٠٤.

٢ – أبو الفتح، أحمد، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، ط٢، مطبعة النهضة، مصر، ١٣٤١هـ ، ٤٦٦/٢.

التصرّف للجميع على أن يكون الربح بينهم جميعا."[١]

مناقشة وشرح التعريف:

١) إن هذا التعريف تعريف جامع لجميع شركات العقد، فهو يشمل شركة الأموال والأعمال والوجوه، كما يشمل المضاربة لعامل واحد أو أكثر، لأن إذن البعض في التصرّف سابق بالإذن الواحد.[٢]

٢) إن هذا التعريف تعريف مانع، إذ إنه لا يشمل أي عقد آخر غير الشركة كالنكاح والمساقاة والمغارسة[٣]، فالمحصول في الأخيرتين يسمى غلة أو دخلا لا ربحا.

٣) لم يغفل أمر التصرّف والاشتراك في الربح، وهما أمران يعدّان أساسيين في شركة العقد.

٤) التعبير عن شركة العقد بأنها عقد يضفي عليها صفة التعاقد والإلزام والربط، إذ لا بد عند إنشاء شركة العقد من ارتباط إيجاب بقبول على وجه منشئ للالتزام.

٥) المقصود بقوله (إذن الجميع أو بعضهم في التصرّف) أي إذن للجميع أو إذن لبعضهم في التصرّف، والمراد بقوله (للجميع) أي لحساب الجميع.[٤]

التعريف المختار:

ومن خلال النظر في التعريفات السابقة يمكن **ترجيح تعريف الأستاذ إبراهيم عبدالحميد** ليكون تعريفا لشركة العقد، وذلك لأنه تعريف جامع لأنواع شركة العقد، مانع من دخول ما ليس بشركة عقد فيه، كما أنه يشتمل على أساسيات شركة العقد، فهو يشتمل على عنصر الإلزام (العقد) والذي يوجب وجود ارتباط الإيجاب بالقبول لإنشاء شركة العقد، كما يشتمل على عنصر (التصرّف) في محل الشركة ــ سواء كان المحل مالا أو عملا أو وجاهة وذمة وسواء كان التصرّف من جميع الشركاء أو من بعضهم ــ والذي ــ أي عنصر التصرّف ــ يعدُّ مقتضى شركة العقد، كما يشتمل على عنصر (الاشتراك في الربح) الذي يعدُّ هدف شركة العقد والغرض منها، في حين أن سواه من التعريفات لم تسلم من الانتقاد وال**اعتراض** كما سبق بيانه، والله تعالى أعلم.

---

١ – الطبعة التمهيدية لنماذج من موضوعات الموسوعة الفقهية، الموضوع(٩) الشركة، ص٣٥، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الكويت. وهو ما أختاره أستاذنا محمد نعيم ياسين حفظه الله تعالى.

٢ – الطبعة التمهيدية لنماذج من موضوعات الموسوعة الفقهية، الموضوع(٩) الشركة، ص٣٥.

٣ – الطبعة التمهيدية لنماذج من موضوعات الموسوعة الفقهية، الموضوع(٩) الشركة، ص٣٥.

٤ – هذا ما علّق به أستاذنا الفاضل محمد نعيم ياسين في إحدى محاضرات مادة الشركة.

المطلب الثالث: أنواع شركة العقد:

الفرع الأول: أنواع شركة العقد باعتبار محلها:

تشمل شركة العقد بهذا الاعتبار أربعة أنواع: شركة أموال وشركة أعمال وشركة وجوه وشركة مضاربة.(١) وفيما يلي بيان هذه الأنواع:

١) **شركة أموال:** وتسمى أيضا شركة التجر(٢)، وهي: أن يتعاقد اثنان أو أكثر على أن يدفع كل منهم مقدارا معينا من المال، لتكوين رأس مال يتجرون فيه، على أن يكون ما ينتج من ربح بينهم على نسبة معينة.(٣)

قد **اتفق الفقهاء** من جميع المذاهب على صحة أصل شركة الأموال وجوازها، ولا خلاف بينهم في ذلك.(٤)

٢) **شركة أعمال:** وتسمى أيضا شركة الأبدان وشركة الصنائع وشركة التقبل(٥)، وهي: أن يتعاقد اثنان فأكثر من أرباب المهن والصنائع على أن يتقبل عمل ما ــ كالخياطة والنجارة مثلا ــ والقيام به للغير، على أن ما يأتيهم من أجر يكون بينهم جميعا على

---

١ – الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الكبير، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ–٢٠٠٣م ، ٨/٥. ابن قدامة، المغني، ١٠٩/٧. أطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ط٣، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م ، ٣٠٣/١٠، ٣٠٤. الخفيف، علي، الشركات في الفقه الإسلامي، معهد الدرسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٢م ، ص٢٠، ٢٧. وانظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٥/٦–١٥٦. النووي، روضة الطالبين، ٢٧٥/٤، ٢٧٩، ٢٨٠.

٢ – الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ–١٩٩٥م ، ٢٨٩/٣. الصاوي، أحمد بن محمد ، بلغة السالك ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ–١٩٩٥م ، ٢٨٩/٣–٣٩٠.

٣ – الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٢٠ . انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٣/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٢٨٩/٣–٢٩٠. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٧٣/٦. ابن قدامة، المغني، ١٢٣/٧.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٤/٥، ٧٦. القاضي عبد الوهاب، عبد الوهاب بن علي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ط١، تحقيق محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م ، ٨٢٨/٢، ٨٢٩. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٥/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٤٩٦/٣. ابن حزم، علي بن أحمد ، المحلى ، ط١، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٨هـ –١٩٩٧م ، ٢٦١/٨. الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٢٠.

٥ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٦/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٣/٥. الدردير، الشرح الكبير، ٢٣/٥.

نسبة يتفقون عليها.[١]

وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في حكم جواز شـــركة الأعمال وصحتها ؛ فذهب إلى جوازها **الحنفية**[٢]، **والمالكية**[٣]، **والحنابلة** [٤]، **والزيدية**[٥] وجمهور **الأباضية.**[٦] في حين ذهب إلى بطلانها داود الظاهري[٧]، **وزفر** من **الحنفية** في إحدى الروايتين عنـــه[٨]، **والـــشافعية**[٩]، **والظاهرية**[١٠]، **والجعفرية**[١١] وبعض **الأباضية.**[١٢]

٣) شركة وجوه: وتسمى: شركة المفاليس[١٣]، وشركة الذمم[١] وشركة الجاه[٢]، وهـــي: أن

---

١ – انظر: المرغيناني، الهداية، ١٨٦/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٢٨٩/٣-٢٩٠. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٧٩/٦. الأنصاري، أسنى المطالب، ٩/٥. ابن قدامة، المغني، ١١١/٧. الخفيف، الـــشركات فـــي الفقـــه الإسلامي، ص ص٢٠، ٩٩.

٢ – المرغيناني، الهداية، ١٨٦/٦. السرخسي، المبسوط، ١٥١/١١، ١٥٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٤/٥.

٣ – خليل، مختصر خليل، ٩٤/٧. القاضي عبد الوهاب، عبد الوهاب بن علي، الإشراف على نكـــت مـــسائل الخلاف، ط١، دار ابن حزم، بيروت، ١٤٢٠هـــ-١٩٩٩م ، ٦٠٤/٢. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٥٩/٦.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١١١/٧. الخرقي، عمر بن الحسين ، مختصر الخرقي، ط١، دار الـــسلام، دمـــشق، ١٣٧٨هـــ ، ص٩٧ . الحجاوي، الإقناع، ٢٧١/٢. ابن قدامة، المقنع، ٣٩/٥.

٥ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/ ١٤٤. العنسي، التاج المذهب، ١٧٩/٣.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٤١٨/١٠. البطاشي، محمد بن شامس، غاية المأمول في علم الفـــروع والأصـــول، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـــ – ١٩٨٥م ، ١٢٠/٦.

٧ – ابن حزم، المحلى، ١٢٣/٨.

٨ – المرغيناني، الهداية، ١٨٦/٦. البابرتي، محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، ط٢، دار الفكر، بيـــروت، ١٣٩٧هـــ – ١٩٧٧م ، ١٨١/٦. الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١، تحقيق أحمد عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـــــ – ٢٠٠٠م ، ٢٥١/٤. الـــشلبي، حاشـــية الـــشلبي، ٢٥١/٤.

٩ – النووي، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين، مكتبة الثقافة، عدن ، ص١٣٢. النـــووي، روضـــة الطـــالبين، ٢٧٩/٤. الشيرازي، إبراهيم بن علي ، المهذب، ط١، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلـــم، دمـــشق، الـــدار الشامية، بيروت، ١٤١٧هـــ _ ١٩٩٦م ، ٣٣٥/٣.

١٠ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٠/٨.

١١ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١١٨/٢. الجبعي العاملي، الروضة البهيـــة، ١٩٨/٤. الحلـــي، قواعـــد الأحكام، ١٣/٨.

١٢ – أطفيش، شرح النيل، ٤١٨/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٢٠/٦.

١٣ – السرخسي، المبسوط، ١٥٢/١١. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩٠/٦. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٦٥/٣.

يتعاقد اثنان فأكثر دون رأس مال بينهما ولا صنعة، على أن يتجرا بوجههما بأن يشتريا نسيئة في ذمتهما معا ويبيعا ذلك، على أن يكون الربح من هذه التجارة بينهم.[٣]

وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في حكم جواز شركة الوجوه وصحتها؛ فذهب إلى جوازها **الحنفية**[٤]، **والحنابلة**[٥]، **والزيدية**.[٦] في حين ذهب إلى بطلانها **المالكية**[٧]، **والشافعية**[٨]، **والظاهرية**[٩]، **والجعفرية**[١٠] **والأباضية**.[١١]

٤) **شركة المضاربة:** وتسمى: قراض ومقارضة، وهي: عقد على الاشتراك بنسبة معلومة في الربح الناتج من مال يكون من طرف وعمل من طرف آخر.[١٢] والطرف الأول هو

---

١ – الآبي، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل على شرح مختصر خليل، دار المعرفة، بيروت، ١٢١/٢. الحطّاب، مواهب الجليل، ١٠٢/٧. أطفيش، شرح النيل، ٣٠٣/١٠.

٢ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٧٧/٦.

٣ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٩/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٠/٦–٣٩١. الدردير، الشرح الكبير، ٢٨/٥. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٠/٤. ابن قدامة، المغني، ١٢١/٧. الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص ص٢٠، ٩٧.

٤ – المرغيناني، الهداية، ١٨٩/٦. البابرتي، العناية، ١٨٩/٦، ١٩٠. السرخسي، المبسوط، ١٥١/١١، ١٥٤.

٥ – ابن قدامة، المغني، ١٢١/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٦/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٩/٢.

٦ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/ ١٤٣.

٧ – القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨٢٨/٢. القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ٦٠٥/٢. الحطّاب، مواهب الجليل، ١٠٢/٧.

٨ – النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٠/٤. الشيرازي، المهذب، ٣٣٦/٣–٣٣٧.

٩ – ابن حزم، المحلى، ٢٦١/٨.

١٠ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١١٨/٢. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ١٩٩/٤، ٢٠٠. الحلي، قواعد الأحكام، ١٣/٨. مغنية، محمد جواد، فقه الإمام جعفر الصادق، ط٤، دار الجواد، بيروت، ١٤٠٢هـ–١٩٨٢م، ١٠٥/٤.

١١ – أطفيش، شرح النيل، ٣٠٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ٩٠/٦.

١٢ – محمد أفندي، محمد علاء الدين بن محمد أمين، قرة عيون الأخيار، ط١، تحقيق محمد حلاق وعامر حسين، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٩هـ– ١٩٩٨م، ٣٠٦/٢. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٣/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٤٧/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥١٤/٥. الرملي الكبير، أبو العباس بن أحمد، حاشية الرملي الكبير، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، ٣٢٣/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٢٠/٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٢٣/٥. مغنية، فقه

ربّ المال والثاني هو المضارب.

وقد **اتفق الفقهاء** من جميع المذاهب على صحة شركة المضاربة وجوازها، ولا خلاف بينهم في ذلك.[١]

الفرع الثاني: أنواع شركة العقد باعتبار التساوي والتفاوت:

المراد بالتساوي والتفاوت هنا في خمسة أمور: رأس مال الشركة، وولاية التصرّف، والـربح، وأهلية الكفالة، وأهلية التصرّف[٢]، وتشمل شركة العقد بهذا الاعتبار نوعين: شـركة مفاوضـة وشركة عنان[٣] ؛ ويدخل هذا التقسيم عند **الحنفية** في كل من شركة الأموال والأعمال والوجوه دون شركة المضاربة، فكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة يشمل بدوره نوعين: مفاوضة وعنان[٤]، في حين ينحصر هذا التقسيم في شركة الأموال فقـط دون بقيـة الأنـواع عنـد **المالكيـة**[٥] **والأباضية**[٦] والظاهر عند كل من **الشافعية والحنابلة والجعفرية والزيدية**.[٧]

١) **شركة مفاوضـة**: وهي: عقد على الاشتراك فيما لكل شريك من الشركاء من مال يصح

الإمام جعفر الصادق، ١٥٣/٤. أطفيش، شرح النيل، ٣٠٤/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ٩١/٦. الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٦٥.

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٤٦/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥١٤/٥.. الخرشي، حاشـية الخرشـي، ١٤٤/٧. النووي، روضة الطالبين، ١١٧/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣٣/٧. ابن حزم، المحلى، ٦٠/٩. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٢/٥. مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ١٥٤/٤. الكندي، أحمد بن عبدالله، المـصنف، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م ، ٩٦/٢٥. أطفـيش، شـرح النيـل، ٣٠٠/١٠، ٣٠٤.

٢ – انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ٣٨/٢٦.

٣ – المرغيناني، الهداية، ١٥٥/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. ابن قدامة، المغني، ١٠٩/٧.. ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/ ١٣٩، ١٤١. أطفيش، شرح النيل، ٣٠٣/١٠، ٣٠٤.

٤ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٥/٦–١٥٦، ١٦٧–١٦٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٠/٦. الكاسـاني، بدائع الصنائع، ٧٤/٥.

٥ – القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨٢٨/٢. القاضي عبد الوهاب، عبد الوهاب بن علي، التلقـين فـي الفقـه المالكي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ–١٩٩٩م ، ص١٢٥. الدردير، الـشرح الـصغير، ٢٩٥/٣.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٣٠٤/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ٩١/٦.

٧ – انظر: النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. ابن قدامة، المغني، ١٠٩/٧، ١٣٧. ابـن المرتـضى، البحـر الزخار، ٥/ ١٣٩، ١٤١، ١٤٣، ١٤٤. الحلي، قواعد الأحكام، ١٠/٨–١١.

أن يكون رأس مال للشركة، بشرط المساواة التامة بينهم في رأس المال والربح والتصرّف ابتداء وبقاء، بحيث يعمل كل شريك في مال صاحبه مستبدا برأيه في عموم التجارات، ويكون كفيلا وملزما بما وجب على صاحبه من دين بسبب التجارة.[١][٢]

---

١ – المرغيناني، الهداية، ١٥٦/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧١/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٥/٥، ٨٠، ٨١.

٢ – هذا التعريف لشركة المفاوضة هو تعريف **الحنفية**، وقد وافقهم عليه الجمهور، إلا أن **فالمالكية** عرّفوها بأنها (عقد الشركة على أن يكون كل شريك من الشركاء مطلق التصرّف في رأس المال استقلالا دون توقف على إذن الآخرين.) فهم لا يشترطوا المساواة في الأمور الخمسة كما اشترطها **الحنفية**، بل إنما يشترطون أن يكون كلا الشريكين مطلق التصرّف، دون حاجة إلى مراجعة شريكه، بخلاف العنان التي لا بد فيها من ذلك عندهم. وبالتالي نجد أن شركة المفاوضة عند **المالكية** تختلف اختلافا تاما بينا في معناها عما هو عند **الحنفية**، وفي حقيقة الأمر فإن شركة المفاوضة التي قال بها **المالكية** هي شركة العنان عند الجمهور كما صرح بذلك أستاذنا الفاضل محمد نعيم ياسين في إحدى محاضرات مادة الشركة في الجامعة الأردنية، والله تعالى أعلم. انظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨٢٨/٢. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٤/٦. القاضي عبد الوهاب، التلقين، ص١٢٥. القاضي عبد الوهاب، الإشراف ٦٠٥/٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٨/٥، الدردير، الشرح الكبير ٨/٥.

وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم في حكم جواز شركة المفاوضة وصحتها، فذهب إلى جوازها كل من الشعبي وابن سيرين والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى [١]، **والحنفية**[٢] **والزيدية**[٣] **والأباضية**.[٤] وذهب إلى بطلانها **الشافعية**[٥] **والحنابلة**[٦] **والظاهرية**[٧] **والجعفرية**[٨].[٩]

٢) <u>شركة عنان</u>: تكون شركة العقد شركة عنان إذا لم يشترط العاقدان عند عقدها التساوي التام في الأمور الخمسة المذكورة سابقا أو فُقِدَ فيها التساوي في إحداها أو جميعها، سواء فُقِد ابتداء، أو وجد عند العقد وزال بعده، كأن يكون المالان متساويين ثم يختص أحدهما بمال صالح للشركة بإرث أو هبة فتنقلب عنانا.[١٠] وبعبارة أخرى هي: عقد الشركة

---

١ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٩/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣٧/٧.الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٧٥/٦. شرح فتح القدير ١٥٧/٦.

٢ – المرغيناني، الهداية، ١٥٧/٦. السرخسي، المبسوط، ١٥٣/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٤/٥. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٦٠/٣. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٣٦/٤.

٣ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٩/٥.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٠٤/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ٩٠/٦.

٥ – النووي، روضة الطالبين، ٢٨٠/٤. النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. الشيرازي، المهذب، ٣٣٦/٣. الرملي، نهاية المحتاج، ٤/٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٧٥/٦. الأنصاري، أسنى المطالب، ٩/٥. البغوي، حسين بن مسعود، <u>التهذيب في فقه الإمام الشافعي</u>، ط١، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوَّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م ، ١٩٥/٤–١٩٦، ١٩٩.

٦ – ابن قدامة، المغني، ١٣٧/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٥٣/٣.البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٤٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٣١/٣، ٥٣٢. المرداوي، الإنصاف، ٤٦٤/٥، ٤٦٥. ابن مفلح، المبدع، ٤٣/٥. ابن قدامة، عبدالله بن أحمد، <u>الكافي</u>، ط٣، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م ، ٢٦٦/٢.

٧ – ابن حزم، المحلى، ٢٦١/٨.

٨ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١١٨/٢. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ١٩٩/٤. الحلي، قواعد الأحكام، ١٣/٨. النجفي، محمد حسن، <u>جواهر الكلام</u>، ط٧، تحقيق علي الاخوندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ٢٩٨/٢٦. مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ١٠٥/٤.

٩ – والواقع أن شركة المفاوضة ــ بهذا المعنى الذي قال به **الحنفية** ومن وافقهم ــ شركة غير واقعية وغير ميسرة الوجود إن لم تكن متعذرة التحقق، وليس لوجودها بقاء. انظر: الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص ص٦١، ٦٣.

١٠ – انظر: الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٢/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٢/٥، ٨٤. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣٦٢/٣. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٥/٦، ١٨٩–١٩٠. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩١/٦.

بدون اشتراط المساواة التامة.[١][٢]

فشركة العنان تنعقد عند جميع الفقهاء على الوكالة والأمانة فكل شريك يعد وكيلا عن صاحبه فيما، وقد اتفق الفقهاء من جميع المذاهب على صحة أصل شركة العنان وجوازها، ولا خلاف بينهم في ذلك.[٣]

وأخيراً، لدى النظر في كلام الفقهاء عند تناولهم أنواع شركة العقد بالبحث، نلاحظ أن معظمهم يبحث أحكام كل من شركة الأموال والوجوه والأعمال مجتمعة في باب واحد تحت عنوان "الشركة"، في حين يفردون أحكام شركة المضاربة في باب مستقل عن بقية الأنواع الأخرى تحت عنوان "المضاربة" أو "القراض" ولم يبحث أحكام المضاربة مع بقية الأنواع تحت باب واحد إلا **الحنابلة** ، ويعود عدم شمول باب الشركة على بحث موضوع المضاربة عند هؤلاء الفقهاء إلى أنهم عرّفوا الشركة ــ أي شركة العقد ــ بتعريفات لا تشمل شركة المضاربة كما سبق بيانه، كما أن من الملاحظ أن أحكام تصرفات كل من المضارب في المضاربة والشريك في الشركات الثلاث ليست متفقة فيما بينهما، بل تتفق في بعضها وتختلف في بعض كثير منها

---

١ – علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٣٦٠.

٢ – وهذا التعريف لشركة العنان هو تعريف **الحنفية**، ووافقهم عليه الجمهور بالجملة، ولم يخالف في ذلك إلا **المالكية** إذ عرّفوا شركة العنان بأنها (عقد الشركة على شرط ألا يستبد كل واحد من الشريكين بالتصرّف في رأس مال الشركة)، بأن لا يتصرّف إلا بإذن شريكه ومعرفته، فيتوقف تصرّف كل واحد منهما على إذن الآخر، وليس له إلا أن يعمل مع شريكه وبحضوره، ولدى النظر والتحقيق نجد أن **المالكية** يقولون بشركة العنان التي قال بها الجمهور إلا أنهم يطلقون عليها اسما آخر فيسمونها شركة مفاوضة ولا مشاحا في الاصطلاح، وأما شركة العنان التي صرحوا بها ونصوا عليها فهي في حقيقة الأمر ليست بشركة عنان مطلقة، بل هي في الحقيقة أقرب ما تكون إلى شركة عنان مقيدة، قُيدَ فيها تصرّف الشريك بمراجعة صاحبه، فهي إذن لا تخرج عن كونها شركة عنان مقيدة لا غير، والله تعالى أعلم.انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٦/٣٥٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٦/٩٥. الدردير، الشرح الصغير، ٣/٢٩٩–٣٠٠. الحطّاب، مواهب الجليل، ٧/٩٠. الدردير، الشرح الكبير، ٥/٢١. الماوردي، الحاوي الكبير، ٦/٤٧٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٢٧٥. ابن قدامة، المغني، ٧/١٢٣. الحجاوي، الإقناع، ٢/٢٥٢. ابن حزم، المحلى، ٨/٢٦١. ابن المرتضى، كتاب الازهار، ص١٩٧. العنسي، التاج المذهب، ٣/١٧٧– ١٧٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨/١٠. أطفيش، شرح النيل، ١٠/٣٨٨، ٣٨٩.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٧٤، ٧٦. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٢/٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠. النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. ابن قدامة، المغني، ٧/١٢٣. ابن حزم، المحلى، ٨/٢٦١. ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/ ١٤١. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٤/١٩٨. أطفيش، شرح النيل، ١٠/٣٠٤، ٣٨٨. البطاشي، غاية المأمول، ٦/٩٠، ١١٢.

مع تباين بين المذاهب الفقهية في ذلك ، ويعود سبب ذلك الاختلاف إلى كون المضاربة تختلف عن الشركة بأنواعها الثلاث في عدة جوانب مما يؤثر على حكم التصرفات الصادرة من كل منهما: فالمضاربة اشتراك في الربح دون الأصل، في حين إن الشركة اشتراك في الأصل والربح معا، والخسارة في المضاربة على رب المال دون المضارب، في حين تكون الخسارة على الشريكين معا، كما أن ولاية التصرف في المضاربة هي لجانب واحد فقط وهو المضارب، في حين إن ولاية التصرف في الشركة هي لكل جانب، كما أن المضارب في تصرفه في المحل يكون بمنزلة وكيل عن رب المال فقط، ورب المال موكّل لا متصرف ، في حين إن يكون الشريك بمنزلة وكيل عن شريكه في نصيبه وموكل لشريكه في نصيب نفسه، وهو في تصرفه أصيل ووكيل ، أما المضارب فهو في تصرفه وكيل لا أصيل، ولذلك كله سيتم بحث أحكام التصرفات في المضاربة في فصل منفرد عن بقية أنواع الشركة الثلاثة الأخرى إن شاء الله تعالى.

<u>الفصل الأول</u>

تصرّفات الشريك في الشركة *

وفيه أربعة مباحث:

<u>المبحث الأول</u>: تصرّفات الشريك في عقود المعاوضات المالية.

<u>المبحث الثاني</u>: تصرّفات الشريك في عقود الإطلاقات والتوثيقات والحفظ والمشاركات.

<u>المبحث الثالث</u>: تصرّفات الشريك في عقود التبرعات والهبات.

<u>المبحث الرابع</u>: تصرّفات متفرقة للشريك في مال الشركة.

*- والمراد بالشركة التي يعقد لها هذا الفصل هو شركة الأموال والوجوه والأعمال بأنواعها المفاوضة والعنان دون شركة المضاربة التي سيعقد لها فصل مستقل لما بيناه في الصفحة السابقة.

المبحث الأول

تصرّفات الشريك في عقود المعاوضات المالية

المطلب الأول: تصرّفات الشريك بالبيع:

وتصرّف الشريك بالبيع يتخذ عدة صور وحالات تباينت في بعضها آراء الفقهاء منها: البيع بثمن حالّ والبيع بثمن مؤجل (نسيئة)، والبيع بثمن المثل وبالغبن اليسير والفاحش، والبيع مساومة وتولية ومرابحة ومواضعة.

الفرع الأول: البيع بثمن حالّ:

وبيع الشريك بالثمن الحال إما أن يكون بنقد البلد أو بنقد غير نقد البلد، أو بالعرض ــ وهو ما يسمى بالمقايضة ــ ويمكن بحث هذه الصور في المحاور التالية:

أولا: البيع حالا بنقد البلد:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشريك يملك البيع بثمن حالّ نقدا بنقد البلد بمطلق عقد الشركة، دون أن يتوقف ذلك على تفويض أو إذن خاص سابق من باقي الشركاء(١)، وبالتالي فبيع كل شريك بالحال والنقد نافذ على بقية شركائه.(٢)

وجه الاتفاق:

١. لأن العاقدين بعقدهما الشركة قد أذن كل واحد لصاحبه بيع مال الشركة، وذلك لأن غرض الشركاء من عقد الشركة هو الربح، وذلك بالتجارة، وما التجارة إلا البيع والشراء ويكون بالنقد الحال عادة لأنه الأصلح والأحسن في أمور التجارات، فكان إقدامهم على العقد إذنا من كل واحد منهم لشريكه بالبيع والشراء دلالة.(٣)

٢. لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا، والإطلاق يحمل على وجوه التجارة والاسترباح المعتادة عند التجار، لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١، ١٥٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٥/٦. الأنصاري، زكريا بن محمد ، منهج الطلاب، مكتبة الثقافة، عدن.، ص١٣٢. العمراني، يحيى بن أبي الخير، البيان، دار المنهاج ، ٣٦٩/٦. المجموع ٣١/١٤. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨. أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١، ٢١٣. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥.

بالنقد والحالّ.[١]

٣. لأن الشركة تتضمن الوكالة، فيصير كل عاقد وكيل صاحبه بالبيع[٢]، والوكيل يملك بمطلق التوكيل البيع حالا ونقدا بنقد البلد على الموكل، فكذلك يملكه الشريك بمطلق الشركة.[٣]

ثانيا: البيع حالا بنقد غير نقد البلد:

اختلف الفقهاء في جواز بيع الشريك مال الشركة بنقد غير نقد البلد الذي جرى فيه البيع[٤]، وهل يملكه بمطلق عقد الشركة، أم يحتاج ذلك إلى إذن باقي الشركاء؟ على ثلاثة أقوال، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلاف نظرتهم في كون هذا التصرف من الشريك يلحق ضررا بمال الشركة ويؤدي إلى تعطيل مقصود الشركة من الاسترباح أو لا:

القول الأول: لا يملك الشريك بيع مال الشركة بنقد غير نقد البلد مطلقا سواء أكان ذلك النقد رائجا أم غير رائج، ولا يجوز له ذلك إلا بإذن شركائه، فإن وُجِد الإذن جاز له ذلك كأن يقول له (بع بما شِئْتَ).

وإليه ذهب **الشافعية** في المعتمد و**الأوجه**.[٥]

وعليه فإن خالف الشريك فباع شيئا من مال الشركة بنقد غير نقد البلد بلا إذن لا يصح البيع في نصيب شريكه ويضمنه بالتسليم، وأما في نصيبه فقد اختلفوا على قولين: قيل يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد، فيكون صحيحا في بعض العين المبيعة وفاسدا في بعضها الآخر، وهذا من تفريق الصفقة، وعليه فتفسخ الشركة في المبيع ويكون مشتركا بين المشتري

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. النحفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥.

٣ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١. انظر: مفلح، المبدع، ٨/٥. التنوخي، زين الدين المنجي ٧، الممتع في شرح المقنع، ط١، تحقيق عبد الملك دهيش، دار خضر، بيروت، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م ، ٣٦٨/٣. العمراني، البيان، ٣٦٩/٦. المجموع ٣١/١٤.

٤ – العبرة هنا هي لنقد البلد الذي وقع فيه البيع والتعامل، وليست لنقد بلد الشركة. انظر: الشبراملسي، علي بن علي ، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ط.الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ–١٩٦٧م ، ٢٣٥/٥.

٥ – الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٣١/٣. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. الشيرازي، المهذب، ٣٣٥/٣. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥. المغربي، أحمد بن عبدالرزاق، حاشية المغربي على نهاية المحتاج، ط.الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ–١٩٦٧م.، ٩/٥–١٠. النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. الانصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥.

والشريك غير البائع، وقيل: لا يصح أيضا كما لا يصح في نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز تفريق الصفقة، فتبقى الشركة بينهما في المبيع.[١]

<u>القول الثاني:</u> إن الشريك يملك البيع بنقد غير نقد البلد بمطلق عقد الشركة إذا رآه مصلحة.

وهو ــ فيما يظهر ــ قول **الحنفية**[٢]، وإليه ذهب **الشافعية في وجه**[٣]، **والأباضية**.[٤]

<u>القول الثالث:</u> يملك الشريك البيع بنقد غير نقد البلد إن كان له رواج، وإلا منع منه إلا بإذن.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه**.[٥]

<u>عرض الأدلة:</u>

<u>أدلة القول الأول:</u>

١. لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل، وكل واحد من الشريكين وكيل للآخر في نصفه فلا يملك من التصرّفات إلا ما يملك الوكيل، فليس له البيع بنقد غير نقد البلد كالوكيل.[٦]

٢. لأن في البيع بنقد غير نقد البلد ضررا لمصلحة شركائه[٧]، وإنما لكل شريك أن يتسلط على التصرّف في مال الشركة بلا ضرر.[٨]

<u>اعتراض:</u>

إن الضرر بسبب الخوف من تعطل الربح بكساد العملة الأجنبية منفي هنا، لأن تعطل الربح والخوف من كسادها وارد فعلا إذا كانت العملة الأجنبية غير رائجة لا تداول ولا تعامل بها فيغلب على الظن كسادها ، أما إذا كان لها رواج وتداول فلا محل للتخوف من تعطل الربح

---

١ – البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. المطيعي، محمد نجيب، <u>المجموع (التكملة الثانية)</u>، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٢هـ–٢٠٠١م ، ٣١/١٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الانصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الشربيني، الاقناع، ١٣١/٣.

٢ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١.

٣ – الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠.

٥ – الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٩/٥، ١٠. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥.

٦ – الشيرازي، المهذب، ٣٣٥/٣. انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الانصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥–١٤. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢.

٧ – المطيعي، المجموع، ٣١/١٤.

٨ – النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢.

بها، لأن رواج التعامل بها بين التجار وتداول الناس لها وإقرار الحكومات لذلك يـدل علـى وجود الاعتراف الرسمي والعرفي والتجاري بهذه العملة، كما أن احتمال كسادها نادر وقليـل الوقوع، والأصل أن النادر والشاذ لا حكم له ولا اعتبار، بل العبرة للغالب العام المشهور، كما أن الاحتمال النادر لكساد العملة الأجنبية الرائجة وارد ومنسحب بدوره على العملـة المحليـة أيضا، بل قد يجد الكساد إليها طريقا أسرع من العملة الأجنبية إذا وقع، فكما أن هذا الاحتمال النادر لا يؤثر على العملة المحلية فكذلك لا يؤثر على العملة الأجنبية الرائجة.

أدلة القول الثاني:

قياسا على المضاربة، إذ إن للمضارب البيع بنقد غير البلد، فكذلك الشريك.[١]

اعتراض:

اعترض على أن القياس على المضاربة لا يستقيم لأن الشريك يفارق المضارب هنـا، مـع أن المقصود من كل من عقد الشركة والمضاربة متحد وهو الربح، وذلك لأن العمل فـي الـشركة غير مقابل بعوض كما صرحوا به، فلا يلزم من امتناع التصرّف بغير نقد البلد تضرر، بخلاف العمل في المضاربة فإنه يقابل بالربح فلو منعناه من التصرّف بغير النقد لضيقنا عليـه طـرق الربح الذي في مقابلة عمله وفيه من الضرر والمشقة ما لا يخفى.[٢]

أدلة القول الثالث:

لأن الربح يتعطل تحصيله إن لم يكن لنقد غير البلد رواج أو تداول[٣]، فيتعطل بـذلك مقـصود الشريكين من إبرام عقد الشركة.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق من أقوال الفقهاء وأدلتهم، يمكن أن نختار **ترجيح القـول الثالـث** ، **ووجـه الرأي المختار** ما يلي:

١. لأن تصرّف الشريك في مال الشركة مقيد بالمصلحة بحيث يعود بالنفع على المـال، فيكون الشريك مسلّطا على كل تصرّف مشروع فيه المصلحة ويعود بالنفع والفائـدة على مال الشركة، ومن ذلك البيع بالعملة الأجنبية الرائجة.
٢. لأن المقصود الأساسي لعقد الشركة هو تحصيل الربح والمكاسب لأطـراف العقـد،

---

١ – الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢.

٢ – انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥.

٣ – الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥.

والشريك مطالب بتحقيق ذلك المقصود بسلوك الطرق المشروعة المفضية إليه، ومن هذه التصرّفات البيع بالعملة الأجنبية الرائجة، إذ إن الاسترباح يتحقق به كما يتحقق بالبيع بالعملة المحلية، بل وقد يكون التعامل بالعملة الأجنبية الرائجة أكثر ربحية من التعامل بالعملة المحلية لكون العملة الأجنبية أكثر قوة وأوسع تداولا كمثل الدولار الأمريكي واليورو الأوروبي ونحو ذلك.

٣. وجه منع الشريك من البيع بالعملة الأجنبية غير الرائجة: لأن التعامل بها ينطوي على مخاطرة واضحة بمال الشركة وتضييع له وإدخال للضرر على شركائه، وذلك لوجود احتمال غالب بكسادها وعدم رواجها وعدم قبول الآخرين التعامل بها معه، فيُدْخِل الخسر والنقص في المال ، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: البيع بثمن مؤجل (النسيئة):

اختلف الفقهاء في جواز بيع الشريك مال الشركة نسيئة، هل يملكه بمطلق العقد؟ أم لا بد لجواز ذلك من إذن باقي شركائه؟ على قولين:

القول الأول: إن الشريك يملك البيع نسيئة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن أو تفويض من باقي الشركاء، وعليه فإذا باع الشريك نسيئة نفذ على بقية شركائه.

وإليه ذهب **الحنفية**[١] **والمالكية**[٢] **والحنابلة في الصحيح**[٣] **والأباضية**.[٤]

وعليه فإذا باع نسيئة فالبيع صحيح نافذ، ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمان، إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيلزمه عندئذ ضمان الثمن الذي تخلف المشتري عن الوفاء به[٥]، ولذلك ينبغي على الشريك أن يبيع نسيئة لمن يعرفه ويتمكن من أخذ الثمن منه عند

---

١ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١، ٢٠٠، ١٥٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٥/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٠/٦.

٢ – خليل، مختصر خليل، ٨١/٧. الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣. القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق سعيد أعراب ومحمد حجي، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م ، ٥٧/٨، ٦٨. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٢/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥، ٤١٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣–٥٠٤. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧، ١٤٧. الحجاوي، الإقناع، ٢٥٥/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. الفتوحي، منتهى الإرادات، ١١/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠.

٥ – ابن قدامة، المغني، ١٤٨/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤.

حلوله.(١)

<u>القول الثاني:</u> إن الشريك لا يملك البيع نسيئة إلا بإذن باقي شركائه، فإذا وجد الإذن جاز له ذلك، وإذا لم يوجد لم يجز له.

وإليه ذهب **الشافعية**(٢) **والحنابلة في رواية**(٣) **والظاهرية**.(٤)

وبناء عليه اكتفى كل من **الشافعية والحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) من بقية الشركاء كأن يقول له:"بع كيف شئت"، وأضاف **الحنابلة** أيضا إلى ما سبق ما لو قال له: " اعمل برأيك" أو "تصرّف كيف شئت"، لأنه فوَّض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة، فجاز له كل ما هو من التجارة مما يرى فيه مصلحة، ومن ذلك البيع نسيئة، لأنه داخل في عموم لفظه وقرينة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها، وحينئذ يجوز للشريك أن يبيع نسيئة بناء على هذا الإذن العام، ولم يشترطوا التصريح والإذن الخاص في ذلك.(٥)

إلا أنه إذا وقع الإذن في مطلق نسيئة أو بصيغة عموم كـ"بع كيف شئت"، فأقوى احتمالين عند **الشافعية** أنه يحمل على الأجل المتعارف، لا غيره كعشر سنين، إن وجد عرف معتاد بأجل معلوم في ذلك، وإلا فينبغي اشتراط بيان قدر النسيئة، والاحتمال الآخر عندهم: أنه يصح أن يبيع بأي أجل اتفق لصدق النسيئة به.(٦)

---

١ – ابن قائد، عثمان بن أحمد، <u>حاشية المنتهى</u>، ط١، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ– ١٩٩٩م ، ١١/٣.

٢ – النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. الشيرازي، المهذب، ٣٣٥/٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٣/٦. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. الشربيني، محمد بن أحمد ، <u>الإقناع</u> ، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ –١٩٩٥م ، ١٣١/٣. الانصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥–١٤. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥، ٤١٦. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧، ١٤٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥.

٤ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٥ – الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٩/٢. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧، ١٤٧–١٤٨. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢.

٦ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ١٠/٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، ٦٤/٢٦.

وعليه فإن خالف الشريك فباع شيئا من مال الشركة نسيئة بلا إذن شريكه ضمن بتسليمه[١]، لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه[٢]، إذ إنه فعل ما لم يأذن له به[٣]، أما حكم البيع فقد اختلفوا فيه على النحو التالي:

فعند **الشافعية:** لا يصح البيع في نصيب شريكه، وأما في نصيبه فعندهم قولان بناء على قولهم في تفريق الصفقة: فقيل يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد، فيكون صحيحا في بعض العين المبيعة وفاسدا في بعضها الآخر، وهذا من تفريق الصفقة، وعليه فتفسخ الشركة في المبيع ويكون مشتركا بين المشتري والشريك غير البائع، وقيل: لا يصح أيضا كما لا يصح في نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز تفريق الصفقة، فتبقى الشركة بينهما في المبيع.[٤]

أما عند **الحنابلة** فعندهم ثلاثة وجوه: إحداها: أن البيع باطل، لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه، فأشبه البيع من الأجنبي، والثاني: أنه موقوف على إجازة الشريك الآخر، تخريجا على الرواية التي تقول: يقف بيع الأجنبي على الإجارة، والثالث: أن البيع صحيح وينبغي أن يكون حالا.[٥]

<u>عرض الأدلة:</u>

<u>أدلة القول الأول:</u>

١. لأن الإذن بالبيع والتصرّف بمقتضى الشركة وجد مطلقا، فينصرف هذا الإذن في التجارة إلى التجارة المعتادة، إذ إن الشركة تنعقد على عادة التجار وقد جرت عادتهم بالبيع نسيئة فكان مأذوناً له به عرفاً، وليس في عقد الشركة ما يمنع من تحكيم هذه العادة.[٦]
٢. لأن المقصود من عقد الشركة الربح وهو في البيع نسيئة أكثر.[٧]

---

١ – الشربيني، الإقناع، ١٣١/٣. الانصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. المطيعي، المجموع، ٣١/١٤. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧، ١٤٨. المرداوي، الإنصاف، ٤١٦/٥. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٤٨/٧.

٣ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٤ – البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. المطيعي، المجموع، ٣١/١٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الانصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٣١/٣.

٥ – ابن قدامة، المغني، ١٤٨/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. المرداوي، الإنصاف، ٤١٦/٥.

٦ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. الموسوعة الفقهية الكويتية، ٦٣/٢٦. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.

٣. لأن الشريك وكيل عن صاحبه، والوكيل يملك بمطلق التوكيل البيع بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك يملكه الشريك بمطلق الشركة.[١]

أدلة القول الثاني:

١. لأن كل شريك وكيل عن الآخر في نصيبه، فلا يملك من التصرّفات إلا ما يملك الوكيل، وبما أن الوكيل لا يملك مثل هذا التصرّف فكذا الشريك.[٢]

٢. لأن التصرّف المأذون فيه للشريك في مال الشركة هو ما كان على وجه الحظ والاحتياط بلا ضرر، فلا يجوز له التصرّف بما يعود بالضرر والتغرير بالمال، ومع النسيئة لا حظ لما في ذلك من التغرير بالمال وتعريض أموال الشركة للضياع وإلحاق الضرر بمصلحة شركائه، فكأنه منهي عنه عرفاً، وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال: "بعه حالاً".[٣]

اعتراض:

١. اعترض على قياس تصرّف الشريك في الشركة على تصرّف الوكيل في الوكالة المطلقة بأنه قياس لا يستقيم، لأن الشركة تفارق الوكالة المطلقة وتختلف عنها فلا يصح القياس عليها، وذلك لما يلي:[٤]

أ. لأن الوكالة ليس الربح هو المقصود فيها، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى.

ب. لأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة، وأنه محتاج للثمن الحال، فلم يجز تأخيره بخلاف الشركة.

٢. يعترض على دعوى أن في بيع الشريك نسيئة إضرار وتغرير بالمال وإضاعة له ، بأنها دعوى منتفية هنا أيضا ، إذ لا ضرر لاحق بالمال بسبب البيع بالنسيئة، فدعوى احتمال إلحاق الضرر بالمال وتعريضه للضياع والتغرير به من وراء هذا التصرّف منتفية هنا،

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١.

٢ – الشيرازي، المهذب، ٣٣٥/٣. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٣/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الانصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥–١٤.

٣ – الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥. المطيعي، المجموع، ٣١/١٤. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.

وذلك لأن هذا الاحتمال نادر وضعيف جدا مع الأخذ عند البيع بالنسيئة بالشروط التي تضمن سداد الثمن، كالبيع للمليء الثقة المؤتمن مع اتخاذ الاحتياطات والإجراءات القانونية لتوثيق الدين التي سبق ذكرها، فإذا وقع البيع بالنسيئة على ما مر فالغالب العام سداد الثمن في موعده والوفاء به، ولا خوف من ضياع الثمن بجحود المدين أو إنكاره أو إفلاسه أو من نسيان أو تلف بينة ونحو ذلك، لكون كل ذلك لا يعدو كونه احتمالا نادر الوقوع ولا عبرة بالنادر الشاذ، وإنما العبرة في الأحكام بالأمر الغالب العام.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق من أقوال الفقهاء وأدلتهم يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، ولكن بشرط أن يكون بيعه بالنسيئة للمليء الثقة الذي يوثق به أو يغلب على الظن التزامه بوفاء الثمن المؤجل في موعده المقرر، وكذلك يجب على الشريك أيضا اتخاذ جميع الاحتياطات والإجراءات اللازمة لضمان تسديد المدين للثمن الموجل في موعده المقرر، وذلك من خلال توثيق ذلك في الأوراق والوثائق والكتب الرسمية ذات الصفة القانونية المعترف بها وإشهاد الشهود عليه، وتسجيل ذلك في الدوائر المختصة بذلك من مؤسسات الدولة إن أمكن ووجد ذلك، وذلك لكي يضمن التزام المدين بالوفاء ويحفظ به الحق من الضياع ويقطع به النزاع إن وجد، فيتجنب بذلك التغرير بمال الشركة وتعريضه للضياع والضرر، فإذا قصَّر الشريك في شيء مما ذكر فباع لمفلس أو لمن لا يوثق بوفائه أو لمن لا يعرفه أو لمن يغلب على الظن عدم التزامه بالسداد أو قصَّر في اتخاذ الاحتياطات الواجب اتخاذها لم يجز له ذلك التصرّف، وكان ضامنا في حال ضياع الثمن بسبب تقصيره ويبقى البيع صحيحا، وكذلك فإن الشروط التي يجب على الشريك مراعاتها أيضا أن يكون بيعه بالنسيئة إلى أجل متعارف بين التجار اعتبارا لعادة التجار فلا يبيع إلى أجل طويل لم يعهد مثله عند التجار، **ووجه الرأي المختار** لما استدل به أصحاب هذا الفريق ولأن تصرّف الشريك في مال الشركة منوط بالمصلحة، فأينما وجدت المصلحة والمنفعة لمال الشركة مما هو مشروع في تصرّف جاز للشريك ذلك التصرّف، فالبيع بالنسيئة فيه مصلحة ظاهرة لمال الشركة حيث به تزداد نسبة إقبال المشتريين مما يعني بيع أكثر وربح أكبر، كما أن نسبة الربح المأخوذة فيه أكبر من نسبته في البيع الحال.

الفرع الثالث: البيع بثمن المثل وبالغبن اليسير والفاحش:

وقد يبيع الشريك شيئا من مال الشركة بثمن المثل أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش، ويمكن بحث ذلك في المحورين التاليين:

أولا: البيع بثمن المثل وبالغبن اليسير:

لا خلاف بين الفقهاء بالجملة[1] في أن للشريك بمطلق العقد أن يبيع بثمن المثل أو بالغبن اليسير وهو ما يتغابن الناس بمثله عادة، دون حاجة في ذلك إلى إذن شريكه، فلو باع بثمن المثل أو بثمن أقل من ثمن المثل مما جرت العادة بتغابن الناس بمثله ووقوع المسامحة فيه بينهم، بأن يكون النقصان يسيرا يتسامح فيه الناس ويحتملونه غالبا فلا ضمان على الشريك، ويعتبر هذا النقصان في الثمن عن ثمن المثل عفوا لا أثر له.[2]

وجه الاتفاق:

١. لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقا، ومطلق الإذن يقتضي البيع بثمن المثل.[3]
٢. لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع بثمن المثل وبالغبن اليسير الذي يتسامح الناس بمثله عادة.[4]
٣. لأن الشريك وكيل، والوكيل يجوز له البيع بثمن المثل فكذلك الشريك.[5]
٤. لأن البيع بما يتغابن بمثله أمر لا يمكن التحرز منه فلا تخلو منه العقود غالبا، فكان معفوا عنه لا أثر له.[6]

ثانيا: البيع بالغبن الفاحش:

اختلف الفقهاء في جواز بيع الشريك سلع الشركة بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله

---

١ – وإنما قلنا بالجملة لأن **الشافعية** استثنوا من ذلك حالة ما لو وجد مشتر راغب في السلعة بأكثر من ثمن المثل فلا يجوز له حينئذ البيع بثمن المثل بغير إذن شريكه، بل لو باع السلعة بشرط الخيار بثمن المثل أو بأقل منه مما يتغابن الناس به، ثم ظهر بعد إبرام العقد من يرغب فيها بثمن زائد في زمن الخيار وقبل انقضاء مدته، لزمه حينئذ فسخ العقد وبيعها بالزائد للمصلحة، فإن لم يفسخه انفسخ العقد بنفسه. انظر: الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٣٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٣١/٣. المطيعي، المجموع، ٣١/١٤.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. العمراني، البيان، ٣٦٩/٦، ٣٨١.

٣ – العمراني، البيان، ٣٨١/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥.

٥ – انظر: العمراني، البيان، ٣٦٩/٦.

٦ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. الدبو، إبراهيم فاضل، شركة العنان في الفقه الإسلامي، مطبعة الرشاد، بغداد ، ص١٠٥. هذا الاستدلال استدل به ابن قدامة والماوردي في باب المضاربة في مسألة جواز بيع المضارب بالغبن اليسير، وهو يصلح للاستدلال به هنا لوجود ذلك المعنى في بيع الشريك أيضا، والله تعالى أعلم.

(الغبن الفاحش)، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد لذلك من إذن شريكه؟ على قولين، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلاف نظرتهم في مدى كون بيع الشريك بالغبن الفاحش منافيا لمقصود الشركة وإنقاصا لمالها بغير إذن:

القول الأول: لا يجوز للشريك البيع بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله عادة إلا بإذن شريكه، فإذا أذن له بذلك جاز له.

وإليه ذهب **أبو يوسف ومحمد**[١] **والشافعية**[٢] **والحنابلة**[٣] **والظاهرية**[٤] **والزيدية**[٥] **والجعفرية**.[٦]

وقد اشترط كل من **الشافعية والحنابلة** لجواز بيع الشريك بالغبن الفاحش الإذن الخاص الصريح بذلك من شريكه كأن يقول له: "بع بكم شئت" أي بأي ثمن تشاء، ولا يكفي لجواز ذلك الإذن العام (التفويض) مثل قوله: "اعمل برأيك" أو "بع بما ترى"، لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة، والبيع بالغبن الفاحش ليس بتجارة، ولأن فيه تفويضا لرأيه وهو يقتضي النظر بالمصلحة بخلاف المشيئة.[٧]

إلا أنه حتى مع وجود الإذن للشريك بالبيع بالغبن الفاحش فينبغي أن لا يبالغ في المحاباة، بل يفعل ما يغلب على الظن المسامحة به.[٨]

وعليه فإن خالف الشريك فباع بالغبن الفاحش ضمن نصيب شريكه بتسليم المبيع لا بالعقد[٩]،

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦، ٢٢٧/٨.

٢ – النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥. الشيرازي، المهذب، ٣٣٥/٣.

٣ – البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣، ٥٠١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣، ٥٠٧. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. الحجاوي، الإقناع، ٢٥٥/٢.

٤ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٥ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤١/٥، ١٤٣. العنسي، التاج المذهب، ١٧٥/٣.

٦ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٧ – الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢–٢٧٩. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٦/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. .البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٨ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ١٠/٥– ١١.

٩ – الماوردي، الحاوي، ٤٨٨/٦. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. العمراني، البيان، ٣٨١/٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

لأنه ليس من التجارة المأذون فيها، فلا يجوز له في مال غيره إلا ما أباحه له أذن به[١]، وأما حكم البيع فعند **الشافعية** لا يصح البيع في نصيب شريكه، وأما في نصيبه فعندهم قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة: فقيل يصح البيع فيه بناء على القول بجواز تجزئة العقد، وعليه فتفسخ الشركة في المبيع ويكون مشتركا بين المشتري والشريك غير البائع، لأن حصة البائع منه صارت للمشتري بالابتياع فيكون المشتري شريك شريكه، وقيل: لا يصح أيضا كما لا يصح في نصيب الشريك بناء على القول بعدم جواز تفريق الصفقة، فتبقى الشركة بينهما في المبيع على حالها.[٢]

القول الثاني: يجوز للشريك بمطلق العقد البيع بالغبن الفاحش دون حاجة إلى إذن شريكه. وإليه ذهب **أبو حنيفة**.[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لمنافاته مقصود الشركة [٤]، لأن المقصود منها هو الاسترباح، وهو لا يحصل بالبيع بالغبن الفاحش، فكان مستثنى من العقد دلالة.[٥]
٢. لأن الشركة تنعقد على التجارة وليس البيع بالغبن الفاحش والمحاباة بذلك من التجارة ولا من توابعها فلا يملكها.[٦]
٣. لأن كل واحد من الشريكين وكيل للآخر في نصيبه، فلا يملك إلا ما يملكه الوكيل، والوكيل لا يملك بمطلق الوكالة أن يبيع بما لا يتغابن الناس بمثله من الثمن، فكذلك الشريك هنا.[٧]

---

١ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٢ – النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥. العمراني، البيان، ٣٨١/٦. الماوردي، الحاوي، ٤٨٨/٦. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦ ٢٢٧/٨، ٢٢٨..

٤ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥.

٦ – التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.

٧ – الشيرازي، المهذب، ٣٣٥/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦.

٤. لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف ويتقيد به، والمتعارف هو البيع بثمن المثل، وأما البيع بالغبن الفاحش فليس بمتعارف فلا ينصرف إليه.[١]

٥. لأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث.[٢] [٣]

أدلة القول الثاني:

١. قياسا على الوكالة، لأن الشريك وكيل، والوكيل ــ على أصل أبي حنيفة ــ يملك بمطلق الوكالة أن يبيع بما قل وكثر من الثمن ولو كان بالغبن الفاحش، وكذلك الشريك هنا.[٤]

٢. كما يمكن أن يكون من الأدلة التي يستدل بها على قول أبي حنيفة هنا، ما احتج به **الحنفية** أنفسهم لأبي حنيفة في مسألة بيع الوكيل بالغبن الفاحش، بناء على قياسهم الشريك هنا على الوكيل هناك، ومنها:[٥]

أ. إن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل، والعرف متعارض، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا، فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض.

ب. إن البيع بغبن فاحش إن لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية، لأن كل واحد منهما يسمي بيعا أو هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وجد، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل.

اعتراض:

١. ويعترض على دعوى قياس الشريك على الوكيل في البيع بالغبن الفاحش ، بأنه قياس غير مستقيم، إذ لا يصح قياس الشريك على الوكيل، لاختلاف المهمة الموكلة إلى كل واحد منهما كما سبق بيانه.

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٧/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٨٦/٥-٢٧٧.

٢ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٧/٥.

٣ –والاستدلالان الآخيرين استدل بهما **الحنفية** لقول أبي يوسف ومحمد في مقابل قول أبي حنيفة في مسألة بيع الوكيل بالغبن الفاحش في كتاب الوكالة، ويصلح الاستدلال به هنا في مسألة بيع الشريك به بناء على قياسهم الشريك هنا على الوكيل هناك، والله تعالى أعلم.

٤ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٧/٥.الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٧/٥.

٢. كما أن دعوى أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه هي دعوى صحيحة فيما إذا لم يتعارض الاطلاق مع مصلحة الشركة ولم يناقض مقصودها من الاسترباح، أما وقد جافى المصلحة ونافى المقصود وأوقع الضرر فيتقيد الاطلاق بما يحقق المصلحة والمقصود وينفي الضرر.

٣. كما أن كون البيع بالغبن الفاحش متعارف ذكرا وتسمية لأنه يسمى بيعا ، إلا أنه لا أثر لذلك في جواز بيع الشريك بالغبن الفاحش ، ، لأن تصرف الشريك بالبيوع المختلفة منوط بما يحقق الربح من تلك البيوع فقط، والبيوع على اختلافها ليست جميعها تحقق الربح ، بل من البيوع ما يحقق ربحا، ومنها ما لا يحققه، والبيع بالغبن الفاحش بيع لا يحقق ربحا وإن كان يسمى بيعا ، فلا يجوز للشريك.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق من أقوال الفقهاء وأدلتهم يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول، ولأن في البيع بالغبن الفاحش إدخالا للضرر على شركائه وليس له ذلك، والله تعالى أعلم.

الفرع الرابع: البيع مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز بيع الشريك لسلع الشركة مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة، فيفعل من أنواع البيوع السابقة كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة من غير إذن شريكه، فإن فعل شيئا من ذلك جاز على شريكه ولزمه وإن أبى.[(١)]

إلا أن **المالكية** استثنوا من ذلك حالة المحاباة في بيع الشريك تولية، إذ إنهم نصوا على عدم جواز بيع الشريك بالتولية إن كان على وجه المعروف والمحاباة بحيث لا يجر نفعا للتجارة كقصد استئلاف أو خوف كساد أو خسر، فلا يجوز ذلك للشريك ولا يلزم به شريكه، ويلزمه

---

١ – انظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣.الحجاوي، الإقناع، ٢٥٤/٢. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٥. خليل، مختصر خليل، ٨٠/٧. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦ . المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧–٨١. الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. ابن رشد "الحفيد"، محمد بن أحمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط٩، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٨م ، ٢٥٦/٢.أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١١٨/٦.

عندئذ لشريكه قدر حصته من الربح الذي في تلك السلعة[١]، فلو اشترى مثلا سلعة بعشرين، وكانت قيمتها ثلاثين، فباعها تولية لآخر بعشرين بمحاباة، فإنه يغرم خمسة لشريكه، لأنها نصف ما حابى به.[٢]

وجه الاتفاق:

١. لأن هذا عادة التجار وقد أذن له في التجارة.[٣]
٢. لأن الإطلاق في العقد ينزّل على الأمور الغالبة في التجارة، ومنها البيع مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة.[٤]

المطلب الثاني: تصرّفات الشريك بالشراء:

ويمكن بحث تصرّف الشريك بالشراء للشركة في المحاور التالية:

الفرع الأول: محل الشراء للشركة:

إذا كانت الشركة مطلقة في عموم التجارات فيجوز للشريك أن يشتري ما يشاء من أنواع السلع والبضائع بمطلق العقد، وإذا كانت مقيدة بنوع من التجارة فيكون شراؤه مقيدا في إطار ذلك النوع من غير أن يخرج عنه، فيجوز أن يشتري ما يشاء من ذلك النوع، إلا أن تصرّفه بالشراء ــ سواء في حال الإطلاق أو التقييد ــ يتقيد بالمصلحة، وذلك بأن يشتري ما يتوقع فيه ربحا في الحال أو مآل يتعارف إليه التجار، فلا يجوز له أن يشترى ما يتوقع فيه الخسران أو ما لا يتوقع فيه الربح، ولا يجوز له أن يشتري ما يتوقع فيه ربحا ولكن في مآل بعيد لا يتعارف إليه التجار، كما أن تصرّفه بالشراء يتقيد أيضا بما لا يلحق الضرر بمال الشركة أو بشريكه، بأن يكون ما يشتريه مما يحل بيعه وشراؤه وتملكه، فلا يشتري ما لا يجوز شراؤه وتملكه أو ما لا يجوز بيعه[٥]، ولعل **وجه ذلك** كله: أن مقصود الشركة هو الاسترباح، وتصرّف الشريك في الشركة

---

١ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨١/٦. المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧–٨١. القرافي، الذخيرة، ٦٤/٨. الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥.

٢ – العدوي، علي بن أحمد ، حاشية العدوي على الخرشي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م ، ٣٤٥/٦.

٣ – ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣.

٤ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٥ – انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣، ٥٠٤. البهوتي، شرح منتهى الإرادات ٣٢٢/٢. العمراني، البيان، ٣٦٩/٦.

موضوع لتثمير مالها وتنميته وتحقيق مقصودها، فيتقيد تصرّفه بالشراء بما سبق ذكره، ويمنع من كل ما يضاد ذلك لمنافاته مقصود الشركة وغاية تسلط الشريك على مالها بالتصرّف، لأن الإذن في الشركة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح، ولا يتناول غير ذلك فلا يكون سوى ذلك مأذونا فيه، وبناء عليه تتفرع عنه الفروع التالية:

أولا: شراء ما لا يجوز شراؤه وتملكه (المحرمات):

إذا كان محل الشراء مما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا كالخمر والخنزير والميتة والدم ونحوها من المحرمات، فاشترى الشريك شيئا منه للشركة، فلا يخلو من أن يكون الشريك المشتري مسلما أو ذميا:

١) **إذا كان الشريك مسلما: فلا خلاف بين الفقهاء** أنه لا يجوز أصلا للشريك شراء ما لا يصح شراؤه ولا يجوز تملكه شرعا من المحرمات كالخمر والخنزير والدم والميتة ونحو ذلك سواء كان شريكه مسلما أو ذميا، فإن خالف فاشترى شيئا من ذلك ضمن سواء كان عالما بذلك أو جاهلا.[١] [٢]

وجه الاتفاق:

لأنه لا يصح للمسلم أن يشتري شيئا من ذلك ولا يبيعه لكون محل التصرّف ليس بمال متقوم في حق المسلم.[٣]

٢) **إذا كان الشريك ذميا:** فاشترى ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا من المحرمات، وكان شريكه مسلما، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك الذمي على قولين، ويرجع سبب الخلاف إلى كون الخمر والخنزير وغيرها مال متقوم يجوز امتلاكه والتصرف فيه في حق أحد الشريكين دون الآخر المرتبط معه بعقد الشركة:

القول الأول: أن حكمه كحكم الشريك المسلم، فلا يجوز له أن يشتري للشركة ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا.

---

١ – انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٥/٣. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧–١٥٩. الفتوحي، منتهى الإرادات، ١١/٣.المرغيناني، الهداية، ١٥٩/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٨/٤. السرخسي، المبسوط، ١٩٧/١١.

٢ – إلا أن بعض ما نص الفقهاء على حرمة بيعه وشرائه كالحشرات قد جرى التعارف ببيعه للحاجة إليه للتجارب العلمية، وعليه فيجوز عندئذ للشريك بيعه وشراؤه لوجه المنفعة الجديدة، والله تعالى أعلم.

٣ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١٩٧/١١. ابن قدامة، المغني، ١٥٩/٧.

وإليه ذهب **أبو يوسف**[١] **والحنابلة**[٢] **والظاهرية**.[٣]

وعليه فإن خالف فاشترى شيئا من ذلك فعليه الضمان ويفسد الشراء عند **الحنابلة**.[٤]

القول الثاني: يجوز للشريك إذا كان ذميا أن يشتري ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا مما هو مباح له في دينه كالخمر والخنزير ونحوها، فإذا اشترى منها شيئا جاز ونفذ على الشركة.

وإليه ذهب أبو حنفية **ومحمد بن الحسن**[٥]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن العقد يقع للمسلم، ولا يثبت ملك المسلم على الخمر والخنزير فأشبه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا[٦]، فإذا اشترى الذمي شيئا من ذلك فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح.[٧]

٢. لأن الشريك الكافر إذا اشترى خمرا أو خنزيرا لا يقدر الشريك المسلم أن يبيعه، ومن شرطها أن يقدر على بيع جميع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشراء[٨]، وما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم.[٩]

أدلة القول الثاني:

لأن محل التصرّف وهو الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة، فيجوز تصرّفهم فيها

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٩٧/١١.

٢ – انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢، ٣٢٣. ابن قدامة، المغني، ١١٠/٧–١١١، ١٥٨–١٥٩. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٥/٣. الفتوحي، منتهى الإرادات، ١١/٣.

٣ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٢/٨.

٤ – انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢. ابن قدامة، المغني، ١١٠/٧–١١١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٥/٣.

٥ – انظر: المرغيناني، الهداية، ١٥٩/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٨/٤. الهمام، شرح فتح القدير، ١٥٩/٦. العيني، محمود بن أحمد، البناية شرح الهداية، ط١، تحقيق أيمن صالح ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ –٢٠٠٠م ، ٣٧٩/٧.السرخسي، المبسوط، ١٩٧/١١.

٦ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢. ابن قدامة، المغني، ١١١/٧.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٥٩/٧.

٨ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٨/٤.

٩ – ابن قدامة، المغني، ١٥٩/٧.

بيعا وشراء.[١]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الخمر والخنزير وإن كان مالا متقوما في حق أحد الشريكين، إلا أن هذا في حال الانفراد، أما وقد أصبح مرتبطا بمن ليس في حقه مالا متقوما بموجب عقد الشركة، فيمنع من شراء ذلك رعاية لحق المسلم، ونظرا إلى جانبه، حتى لا يكون وسيلة لإطعام المسلم الحرام.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** الذي لا يجيز للشريك الذمي شراء ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا من المحرمات، وذلك لما استدل به الفريق الأول، وسدا لذريعة نشر الفساد حتى لا يكون المسلم وماله عونا للذمي في الإفساد، وقطعا لاتخاذ ذلك حيلة لاتجار المسلم بها، والله تعالى أعلم.

ثانيا: شراء المعيب:

إذا اشترى الشريك شيئا معيبا فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك على قولين، ويعود سبب الخلاف بينهم إلى اختلافهم في مدى تحقق مصلحة الشركة ومقصودها في شراء المعيب:

القول الأول: يجوز للشريك شراء المعيب بمطلق العقد إن رأى في ذلك مصلحة وربحا.

وإليه ذهب **الشافعية**[٢] **والحنابلة**.[٣]

القول الثاني: لا يجوز للشريك شراء المعيب إلا بإذن شريكه، فإن خالف فتعدى واشترى معيبا بلا إذن شريكه فعليه ضمان ذلك.

وإليه ذهب **الظاهرية**.[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن المقصود من عقد الشركة هو الربح وهو متحقق في شراء المعيب كشراء الصحيح[٥]، ووجه الربح فيه أن السلعة المعيبة تباع من المنتج بأقل من سعرها ما لو لم تكن معيبة، فيشتريها

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٩٧/١١.

٢ – الرملي الكبير، حاشية الرملي، ١٣/٥.

٣ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.

٤ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٥ – انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرملي الكبير، حاشية الرملي، ١٣/٥.

الشريك ويبيعها بسعر أعلى بقليل فيحصل الربح بذلك، كما تفعله كثيير من المصانع التي يخرج معها اثناء عملية الانتاج سلع غير مطابقة لموصفات الجودة تحتوي عيوب مصنعية، فتبيعها إلى التجار بسعر التكلفة أو أكثر بقليل ، ثم يبيعها التجار بسعر أعلى، ولكن دون سعر السلعة الصحيحة نظرا لما فيها من عيوب.

أدلة القول الثاني:

لأنه لم يوكله بذلك فلا يجوز له في مال غيره إلا ما أباحه له.[١]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الاستدلال السابق ينطبق على الوكيل، حيث لا يجوز له التصرف في مال غيره إلا ما أباحه له، فهو مقيد بما كلفه به الموكل، بخلاف الشريك الذي يقتضي منه عقد الشركة أن يتصرف في المال بما يحقق مصلحة الشركة ومقصودها من الاسترباح، فإذا كان في شراء المعيب مصلحة وربحا جاز له ذلك، فتصرفه منوط بفعل الأصلح للشركة.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** الذي يجيز للشريك شراء المعيب إذا رأى فيه مصلحة وربحا للشركة، وذلك لما استدل به الفريق الأول، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: الشراء بثمن حالّ:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشريك يملك الشراء بثمن حالّ بمطلق عقد الشركة، دون أن يتوقف ذلك على تفويض أو إذن خاص سابق من باقي الشركاء[٢]، وبالتالي فشراء كل شريك بالحال نافذ على بقية شركائه.[٣]

وجه الاتفاق:

١. لأن غرض الشركاء من عقد الشركة هو الربح، وذلك بالتجارة، وما التجارة إلا البيع والشراء، فكان إقدامهم على العقد إذنا من كل واحد منهم لشريكه بالبيع والشراء دلالة.[٤]

---

١ – ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١.. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣، ٥٠٤.. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. الفتوحي، شرح منتهى الإرادات، ١٠/٣. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨. النحفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦. أطفيش، شرح النيل ٤١٣/١٠.

٣ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١، ٢١٣. ابن حزم، المحلى، ٢٦٣/٨. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥، ٩٢. انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٤/٣.

٢. لأن الإذن بالتصرّف بمقتضى الشركة وجد مطلقا، والإطلاق يحمل على وجوه التجـــارة والاسترباح المعتادة عند التجار، لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، ومن عادتهم الشراء نقدا وحالا.(١)

٣. لأن كل واحد من الشريكين وكيل للآخر، والوكيل يملك بمطلق التوكيل الشراء حالا على الموكل، فكذلك يملكه الشريك بمطلق الشركة.(٢)

الفرع الثالث:الشراء نسيئة:

إذا اشترى الشريك سلعة للشركة بثمن مؤجل (نسيئة)؛ فإما أن يكون ذلك في شركة الأمـــوال أو في شركة الوجوه:

أولا: الشراء نسيئة في شركة الأموال:

١) **شركة مفاوضة الأموال:**

ذهب كل من **الحنفية والأباضية** إلى أن الشريك في شركة المفاوضة يملك الشراء بالنسيئة مطلقا بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن شريكه، وعليه إذا اشترى الشريك شيئا نـــسيئة وقـــع الـــشراء للشركة وكان المشترى مشتركا بينهما ويكون الثمن عليهما معا.(٣)

وإلى مثل هذا ذهب **الحنابلة** أيضا في الصورة الجائزة عندهم من المفاوضة.(٤)

وجه الرأي السابق:

لأن الشراء بالنسيئة من صنيع التجار، وفعل أحد المتفاوصين كفعلهما، وكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة، فكانت ولاية الاستدانة تستفاد بالمفاوضة.(١)

٢) **شركة عنان الأموال:**

اختلف الفقهاء في جواز شراء شريك عنان الأموال بالنسيئة للشركة، هل يملكه بمطلق العقـــد أم لا يجوز له ذلك إلا بإذن شريكه؟ على ثلاثة أقوال، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلـــى اخـــتلاف

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥، ٩٢. النحفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١. انظر: التنوخي، الممتع، ٣٨٦/٣. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. ابـــن حـــزم، المحلى، ٢٦٣/٨.

٣ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١. ابن الهمام، شرح فتح القـــدير، ١٨٤/٦. أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠.

٤ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٥٣/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٦٤/٥. ابن مفلح، المبدع، ٤٣/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٤٢/٢.

نظرتهم في اعتبار شراء الشريك بالنسيئة من باب أكل ربح ما لم يضمن وأنه استدانة وزيادة على رأس مال الشركة لم يتم الاتفاق عليها عند العقد:

القول الأول: يجوز للشريك الشراء نسيئة بثمن مؤجل مطلقا، فيملك ذلك بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن أو تفويض من شريكه.

وإليه ذهب **المالكية** وهو المذهب عندهم.(٢)

القول الثاني: لا يملك الشريك الشراء نسيئة إلا بإذن شريكه مطلقا، فإن أذن له جاز له ذلك، وإلا لم يجز له.

وإليه ذهب بعض **المالكية**.(٣)

إلا أن أصحاب هذا القول اشترطوا لصحة الشراء نسيئة ــ بالإضافة لاشتراطهم وجود الإذن بذلك ــ تعيين السلعة المراد شراؤها بالنسيئة، فوجود الإذن هنا عندهم لا يكفي بل لا بد معه من تعيين السلعة، فإن كانت السلعة معينة وأذن له شريكه جاز الشراء بالنسيئة حينئذ، أما إن كانت السلعة مبهمة غير معينة كأن قال له: كل سلعة وجدتها وأعجبتك فاشترها بالدين، فلا يجوز عندئذ شراؤه إياها بالنسيئة ولو مع وجود الأذن له بذلك، لأنها تصير عندئذ شركة ذمم وهي ممنوعة، فيختص المشتري بما اشتراه ولا يشتركان فيه.(٤)

والضابط عندهم هنا أنه إذا كان الإذن بشراء سلعة غير معينة نسيئة كان ذلك شبيها بشركة الذمم المنوعة عندهم أصلا، فيمنع لذلك لأخذه ربح ما لم يضمن، فكان كما لو يأذن له به أصلا، وإن كان الإذن بشراء سلعة معينة كان ذلك من باب التوكيل فجاز.

وعليه فإن خالف الشريك فاشترى سلعة بالنسيئة دون إذن خيِّر شريكه بين القبول والرد، فإن ردَّ ذلك وقع الشراء للمشتري خاصة، له ربحه وعليه خسارته ويكون الثمن عليه ولا يشتركان فيما

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١.بتصرّف

٢ – البناني، الفتح الرباني، ٨٢/٦، ٨٣. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١٠/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣. الحطّاب، مواهب الجليل، ٨١/٧. الصاوي، بلغة السالك، ٢٩٧/٣.

٣ – الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١٠/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣.الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٢/٦. العدوي، حاشية العدوي، ٣٤٦/٦. الصاوي، بلغة السالك، ٢٩٧/٣. البناني، الفتح الرباني، ٨٢/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٨١/٧.

٤ – الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٢/٦. الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥–١١. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١٠/٥. العدوي، حاشية العدوي، ٣٤٥/٦–٣٤٦. الصاوي، بلغة السالك، ٢٩٧/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦.

اشترى به.[١]

القول الثالث: وذهب **الحنفية**[٢] **والحنابلة**[٣] إلى التفصيل في ذلك حيث فرّقوا بين حالتين للشراء بالنسيئة حيث يجوز في أحدهما ويمنع في الأخرى:

الحالة الاولى: إذا اشترى الشريك السلعة بثمن مؤجل، عنده من مال الشركة مثله من جنسه، كأن كان في يده من مال الشركة دراهم ودنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئا نسيئة، أو كان عنده شيء من المكيل والموزون فاشترى بمثل ذلك الجنس شيئا نسيئة، فعندئذ يجوز للشريك الشراء نسيئة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن أو تفويض، ويقع شراؤه ذاك للشركة.

الحالة الثانية: إذا اشترى الشريك السلعة بثمن أكثر من رأس مال الشركة ـ كأن يكون رأس المال ألفاً فاشترى سلعة بألفين مثلا أو اشترى سلعتين سلعة بألف الشركة وسلعة بألف نسيئة ـ أو اشترى بثمن ليس من جنس ما عنده أي ليس معه من جنس ذلك الثمن ما يمكن أن يوفي به ـ كأن لم تكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم ودنانير شيئا أو كان مال الشركة عروضا فاشترى بدراهم ودنانير شيئا أو اشترى بمثلي وليس عنده مثلي ـ[٤] فعندئذ لا يجوز للشريك الشراء نسيئة إلا بإذن شريكه ولا يملك ذلك بمطلق العقد، فإن أذن له شريكه جاز ووقع الشراء للشركة وكان المشترى مشتركا، وإلا لم يجز.

وعليه فقد اكتفى **الحنابلة** في الإذن لجواز الشراء بالنسيئة في حالة المنع السابقة أن يكون إذنا عاما (التفويض) فلو قال له شريكه: "اعمل برأيك" ورأى مصلحة جاز له الشراء بالنسيئة، لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة فجاز كل ما هو من التجارة.[٥]

وعليه فإن خالف الشريك فاشترى سلعة بالنسيئة دون إذن شريكه وقع الشراء له خاصة، فيكون

---

١ – الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٢/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣. الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١– ١٧٤، ٢١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥، ٩٧. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦، ٣٨٣. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧–١٣٠. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥، ١٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣–٥٠٢. المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥.

٤ – وهذه **الحالة الثانية** للشراء بالنسيئة هي إحدى صورتي الاستدانة، وسيأتي الكلام عن الاستدانة إن شاء الله.

٥ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥.

مشتريا لنفسه لا للشركة، له ربحه وعليه ضمانه وخسارته.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن ذلك مما يحتاجه الناس ولا بد لهم منه.[٢]

٢. لأن عقد الشركة إذن بالشراء مطلقا نقدا ونسيئة وإن لم يصرح بالإذن عند الشراء.[٣]

اعتراض:

يعترض على سبق بأن إطلاق الإذن بالشراء هنا وحاجة الناس إلى الشراء بالنسيئة مقيد بالشراء بما لا يتجاوز نطاق وحجم ومقدار المال الذي عقدت عليه الشركة لئلا يلحق الضرر بشريكه.

أدلة القول الثاني:

١. لأنه إذا اشترى بدين في ذمته للشركة من غير إذن شريكه، لم يكن لصاحبه شيء من ربحها ولا عليه شيء من خسارتها، لأنها من شركة الذمم وهي لا تجوز، لئلا يأكل شريكه ربح ما لم يضمن أو يغرم ما ليس عليه، لأن ضمان الدين من المشتري وحده.[٤]

٢. وجه جوازه بالإذن: أنه صار بالإذن له وكيلا عنه فيما يخصه، فكانا بمنزلة رجلين اشتريا سلعة بينهما بدين فإنه جائز قطعا.[٥]

أدلة القول الثالث:

أ. وجه المنع: لأنه لو نفذ شراؤه على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على مال الشركة بمطلق العقد من غير أن يؤذن له بذلك كالمضارب، لأن ذلك يتضمن إيجاب مال زائد على الشريك، فيصير مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، إذ إن كل واحد من الشريكين ما رضي بتصرّف صاحبه إلا في مقدار ما جعلاه رأس المال، فالشركة إنما عقدت على رأس المال المعلوم القدر، فلا

---

١ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦، ٣٨٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥، ٩٧. السرخسي، المبسوط، ١٧٤/١١. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥، ١٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣–٥٠٨. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣.

٢ – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١٠/٥. الصاوي، بلغة السالك، ٢٩٧/٣.

٣ – الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣.

٤ – الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣. انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦. العدوي، حاشية العدوي، ٣٤٦/٦.

٥ – الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٦/٣.

يجوز الزيادة فيه إلا برضاه.[١]

ب. وجه الجواز: لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي مما في يديه فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة[٢]، فلا يكون ذلك استدانة.[٣]

١. لأن الإذن بالشراء بمقتضى الشركة وجد مطلقا فيشمل النقد والنسيئة.[٤]
٢. ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ومن عادتهم الشراء نقدا ونسيئة.[٥]
٣. لأن الوكيل بمطلق التوكيل يملك البيع والشراء بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك بمطلق الشركة.[٦]

اعتراض:

١. لا يسلم بأن شراء الشريك نسيئة بجنس ما عنده لا يفضي إلى الزيادة، لاحتمال تلف ما في يده فتبقى العهدة عليه وعلى شريكه حينئذ بغير رضا منه.
٢. كما أن إطلاق الإذن بالشراء وجريان عادة التجار بالشراء نسيئة مقيد بالشراء بما لا يتجاوز نطاق وحجم ومقدار المال الذي عقدت عليه الشركة لئلا يلحق الضرر بشريكه.
٣. كما لا يستقيم قياس الشريك على الوكيل، لاختلاف الشركة عن الوكالة المطلقة، فمقصود الشركة تحقيق الاسترباح دون إلحاق الضرر بالمال، في حين إن مقصود الوكالة انجاز المهمة الموكلة إلى الوكيل ولو مع وجود ضرر في ذلك.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، حتى ولو كان في يده مثل ذلك الثمن لاحتمال تلف ما في يده فتبقى العهدة عليه وعلى شريكه حينئذ بغير رضا منه، فإن أذن له شريكه صراحة جاز ووقع الشراء للشركة، وإلا لم يجز، إلا أنه لا يشترط مع الأذن في ذلك تعيين السلعة المراد شراؤها بالنسيئة كما قال به بعض **المالكية**، لأن اشتراطهم ذلك هو بناء

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥، ٩٧. السرخسي، المبسوط، ١٧٤/١١. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦، ٣٨٣. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥، ٩٢.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩١/٥، ٩٢.

٦ – السرخسي، المبسوط، ١٧٣/١١.

على أصلهم في منع شركة الوجوه وهو غير مسلم به فلا حاجة إلى اشتراط تعيين السلعة، كما ينبغي مع الإذن أن لا يبالغ في الشراء بالنسيئة، ولذلك ينبغي لشريكه عند الإذن له بذلك أن يعين له حدا أعلى لمقدار ما يشتريه بالنسيئة حتى لا يتجاوزه، فإن أذن له دون أن يحدد له ذلك فيجري الأمر حينئذ على المتعارف به بين التجار في ذلك وعادتهم، ووجه هذا الاختيار ما يلي:

١. لأن شراء الشريك بالنسيئة للشركة بدون إذن شريكه يزيد حجم رأس مال الشركة ومقداره، ويتجاوز به الحد المتفق عليه عند إبرام عقد الشركة، فيصير مال الشركة حينئذ أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فالشركة إنما عقدت على رأس المال المعلوم القدر، فلا يجوز الزيادة فيه إلا برضاه، كما أن هذا من ناحية أخرى يعتبر إنفرادا من قبل أحد الشريكين العاقدين بتغيير بند من بنود عقد الشركة من غير الرجوع إلى الطرف الآخر وأخذ رأيه في ذلك وهو لا يجوز.

٢. لأن شراء الشريك بالنسيئة يتضمن إيجاب مال زائد في ذمة شريكه دون رضاه، وذلك إضرار ظاهر به، لأن الشريك عند عقد الشركة على جزء محدد من ماله قد يضع في حسبانه قبول وقوع الخسارة أو التلف في ذلك الجزء من ماله الذي عقدت عليه الشركة ويرضى بالخسارة في نطاقه دون سائر ماله، وبالشراء بالنسيئة يتجاوز احتمال الخسارة والتلف ذلك الجزء إلى بقية أمواله، وذلك ضرر لا يجوز إيقاعه بالشريك، لأنه لم يرض بوقوع الخسارة في غير ذلك الجزء من ماله.

٣. لأن الإذن الممنوح له بموجب عقد الشركة بالتصرّف مقصور على نطاق وحجم ومقدار المال الذي عقدت عليه الشركة فقط، إذ إن كل واحد من الشريكين ما رضي بتصرّف صاحبه إلا في مقدار ما جعلاه رأس مال للشركة، فإذا اشترى نسيئة فقد تجاوز بالتصرّف نطاق الإذن الممنوح له، وهذا لا يجوز، والله تعالى أعلم.

ثانيا: الشراء نسيئة في شركة الوجوه:

لا خلاف بين الفقهاء القائلين بمشروعية شركة الوجوه في أن الشريك في شركة الوجوه يملك الشراء نسيئة (الاستدانة) بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن شريكه، وعليه إذا اشترى الشريك شيئا نسيئة وقع الشراء للشركة وكان المشترى مشتركا بينهما ويكون الثمن عليهما معا.[١]

---

١ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩١/٦، ٣٧٨/٨. المرغيناني، الهداية، ١٨٩/٦. السرخسي، المبسوط، ١٥٢/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٤/٥. المرداوي، الإنصاف، ٤٥٨/٥. ابن مفلح، المبدع، ٣٨/٥. الزركشي، شرح الزركشي، ١٢٩/٤.. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٣/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٧٨/٣-١٧٩.

لم أجد فيما اطلعت عليه لهؤلاء الفقهاء حديثا عن اشتراط حد أعلى للشراء نسيئة، إلا أنه لا يترك هذا التصرّف على إطلاقه، بل ينبغي للشريكين عند إبرام العقد أن يتفقا على تحديد سقف أعلى لما يشتريانه نسيئة ولا يتجاوزانه، ليكون تحمل دين الشركة في مقدور كل منهما وفي طاقته، حتى لا يكلف كل منهما ما لا يطيق من ذلك، فإن لم يتم تحديد سقف لذلك عند إبرام العقد رجع في تحديده إلى العرف الجاري وعادة أمثالهما من التجار وبحسب القدرة المالية لكل واحد، والله تعالى أعلم.

وجه الاتفاق:

ولعل **وجه ذلك** أن الشراء بالنسيئة يعتبر من مقتضيات العقد في شركة الوجوه وهو أحد أسس شركة الوجوه التي بني عليها عقدها وتم الاتفاق بين الأطراف عليها عند إبرام العقد، فعقد شركة الوجوه يتضمن توكيل كل من الشريكين صاحبه بالشراء نسيئة للشركة على أن يكون المشترى والربح الناتج عنه مشتركا بينهما، إذ من الملاحظ أن الفقهاء عند تعريفهم لشركة الوجوه ينصون على الشراء نسيئة ويجعلونه قيدا في التعريف[١]، بل لا يتصور وجود شركة الوجوه بدون الشراء بالنسيئة، ويعود ذلك لعدم وجود رأس مال حاضر لهذه الشركة عند إبرام العقد، وإنما يتحصل ويوجد رأس مال الشركة ــ الذي تجري فيه العمليات التجارية ومن ثم يتولد عنه الربح ــ بعد ذلك من خلال الشراء نسيئة في الذمة بشراء السلع والبضائع في الذمة، فتكون بمجموعها هي مال الشركة ثم يتم بيعها والاتجار بها فيتولد الربح الذي يكون مشتركا بين أطراف العقد.

الفرع الرابع: الشراء بثمن المثل وبالغبن اليسير والفاحش:

لا خلاف بين الفقهاء في أن للشريك بمطلق العقد أن يشتري بثمن المثل وبأكثر من ثمن المثل بغبن يسير[٢] جرت عادة الناس وعرفهم أن يتغابنوا بمثله ويتسامحوا فيه ويعتبر معفوا عنه، ولا أثر للزيادة اليسيرة في عقده، دون حاجة في ذلك إلى إذن شريكه.[٣]

كما **لا خلاف بين الفقهاء** أيضا في أن الشريك لا يملك بمطلق العقد الشراء بأكثر من ثمن المثل بغبن فاحش لا يتغابن الناس بمثله عادة، فلا يملك ذلك إلا بإذن شريكه، فإن أذن له جاز وإلا لم

---

١ – انظر تعريف الفقهاء لشركة الوجوه صفحة (٢٦–٢٧) من هذه الدراسة.

٢ – وضابط الغبن اليسير هو ما جرت عادة الناس بوقوعه بينهم والتسامح فيه، وقد يختلف من زمن لآخر ومن بلد لآخر.

٣ – الرملي الكبير، حاشية الرملي، ١٣/٥، ١٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٧/٧. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. ٢٢٧/٨.

يجز.[١]

وقد نص **الشافعية** على أن قول"بما شئت" يعتبر إذنا في المحاباة بالغبن الفاحش لا قوله "بما ترى" فلا يصلح إذنا لجواز ذلك لأن فيه تفويضا لرأيه وهو يقتضي النظر المصلحة [٢]، إلا أنه مع الإذن ينبغي أن لا يبالغ في المحاباة بالغبن، بل يفعل ما يغلب على الظن المسامحة به.[٣]

وعليه فإن خالف الشريك في ذلك فاشترى بالغبن الفاحش دون إذن شريكه لا ينفذ ذلك على شريكه ولا يلزمه شيء منه، ويضمن نصيب شريكه إذا نقد الثمن من مال الشركة لأنه تعدى بذلك.[٤]

وأما حكم صحة الشراء بالغبن الفاحش مع المخالفة: فعند **الحنفية** يصح الشراء وينفذ على الشريك المشتري وحده[٥]، وأما عند **الشافعية:** إن كان الشراء بثمن في الذمة فيصح الشراء وينفذ على الشريك المشتري وحده دون شريكه ويلزمه جميع ما اشتراه وعليه توفير الثمن من خالص ماله، وإن كان الشراء بعين مال الشركة بطل الشراء في حق ونصيب شريكه لخروجه عن موجب الإذن، أما في حصة الشريك البائع فللشافعية في ذلك قولان بناء على القولين في تفريق الصفقة: أحدهما أنه يبطل وعليه تبقى الشركة بينهما في المال على حالها، والثاني: أنه يصح في نصيبه، وعليه تنفسخ الشركة في قدر الثمن وتكون فيما سواه باقية، لأن حقه من الثمن

---

١ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. ٢٢٧/٨. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢، ٣١٦. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣، ٥٠١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣، ٥٠٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢، ٣٢٤. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤١/٥، ١٤٣. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٢ – انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٦/٢.

٣ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ١٠/٥.

٤ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٢٢٧/٨. العمراني، البيان، ٣٨٠/٦. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. الشربيني، الاقناع، ١٣١/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٣/٥.

٥ – ابن عابدين، رد المحتار، ٢٢٧/٨.

صار للبائع، فيكون البائع شريك شريكه بقدر الثمن، ويكون هو شريك البائع في السلعة.(١)

وجه الاتفاق:

١. لأن مطلق الإذن بالتصرّف في الشركة يقتضي الشراء بثمن المثل.(٢)
٢. لأن الاحتراز عن الغبن اليسير في الشراء متعذر، فلا تخلو منه العقود غالبا، فكان معفوا عنه ولا أثر له.(٣)
٣. لأن الشريك يملك من الشراء ما هو متعارف بين الناس ومعتاد، والزيادة اليسيرة هي مما جرت عادة الناس بالتغابن بها والمسامحة بمثلها في شرائهم، أما الغبن الفاحش فغير معتاد ولا متعارف بالتسامح به عند الناس فلا يكون معفوا عنه.(٤)
٤. لأن الشراء بالغبن الفاحش منافٍ لمقصود الشركة وهو طلب الربح.(٥)
٥. لأن الشركة انعقدت على التجارة بالمال، والشراء بالغبن الفاحش ليس من التجارة.(٦)
٦. لأن الشريك في حق شريكه جار مجرى الوكيل، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالغبن اليسير دون الغبن الفاحش.(٧)

الفرع الخامس: الشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة:

لا خلاف بين الفقهاء في جواز شراء الشريك سلعا للشركة مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة، فيفعل من الأنواع السابقة كل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة من غير إذن شريكه، وينفذ ذلك على الشركة.(٨)

---

١ – انظر: العمراني، البيان، ٦/٣٨٠–٣٨١. الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٤٨٧ –٤٨٨. النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٣. الرافعي، العزيز، ٥/١٩٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ٥/١٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٢٧٨.

٢ – العمراني، البيان، ٦/٣٨٠.

٣ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٤٨٧. الرملي الكبير، حاشية الرملي، ٥/١٣.

٤ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٦/٣٨٣. ٨/٢٢٧. الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٤٨٧.

٥ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣/٥٠٦. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٢٣.

٦ – انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥٠٠. ابن مفلح، المبدع، ٥/٩. التنوخي، الممتع، ٣/٣٨٧. الكركي، جامع المقاصد، ٨/٢٢. الكركي، جامع المقاصد، ٨/٢٢. ابن قدامة، المغني، ٢/٢٦١.

٧ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٤٨٧. الرملي الكبير، حاشية الرملي، ٥/١٣. النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٨٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٢٧٨. الأنصاري، أسنى المطالب، ٥/١٣–١٤.

٨ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣/٥٠٣. ابن قدامة، المغني، ٧/١٢٨. ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٦٠. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٢٢. الحجاوي، الإقناع، ٢/٢٥٤. ابن مفلح، المبدع، ٥/٨. الكركي،

وجه الاتفاق:

١. لأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل، فملك ذلك كالوكيل.(١)
٢. لأن هذا عادة التجار وقد أذن له في التجارة.(٢)
٣. لأن الإطلاق في العقد ينزّل على الأمور الغالبة في التجارة، ومنها الشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة.(٣)

الفرع السادس: نية الشراء للشركة:

إذا اشترى الشريك عَرَضا فإن لذلك الشراء حالتان ؛ فإما أن يقع الشراء قبل إبرام عقد الشركة أو يقع بعد العقد:

الحالة الاولى: شراء الشريك للشركة قبل إبرام عقد الشركة وتمامها:

إذا اشترى الشريك شيئا أو عرضا للشركة قبل عقد الشركة وتمامها ونوى أنه للشركة فلا خلاف في أن ذلك الشراء لا يقع للشركة ولا يدخل في مالها قطعا، وإنما يقع للشريك المشتري وحده ويختص به، حتى لو أن أحد الشريكين اشترى شيئا فقال شريكه: هو من شركتنا، وقال الشريك المشتري: بل هو لي اشتريته لنفسي قبل الشركة، كان القول قول الشريك المشتري مع يمينه.(٤)

وجه الاتفاق:

١. لعل وجه كون الشراء قبل العقد يقع للشريك المشتري خاصة دون أن يقع للشركة: إن ذلك التصرّف قد صدر من الشريك وليس له صفة قانونية تخوله التصرّف والشراء للشركة، إذ لم يكن وقتئذ وكيلا ولا نائبا عن شريكه عند الشراء، والشركة بمجرد عقدها تمنح كل شريك سلطة التصرّف والشراء للشركة بأن يشتري بعض السلعة لنفسه بطريق الأصالة عن نفسه ويشتري بعضها الآخر لشريكه بطريق الوكالة عنه، وهذا الأثر من آثار العقد لا وجود له قبل العقد، وإنما تترتب آثار عقد الشركة وتوجد بعد انعقاد العقد وتمامه لا قبله، وبالتالي لا يقع ذلك الشراء للشركة.

جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦..أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١١٨/٦.

١ – البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥.

٢ – ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣.

٣ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٤ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١٦٨/١١. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦.

٢. أما وجه كون أن القول قوله مع يمينه عند الاختلاف: فلأن الظاهر شاهد له، إذ الأصل أن يكون كل إنسان عاملا لنفسه ما لم يقم دليل على عمله لغيره، ولأن سبب الملك لـــه في المشتري ظاهر والآخر يدعي استحقاق بعض ما في يده عليه فكـــان القـــول قـــول المنكر مع يمينه.[١]

الحالة الثانية: شراء الشريك للشركة بعد إبرام عقد الشركة:

إذا اشترى الشريك عرضا بعد إبرام العقد؛ فإما أن يكون شريكا في شركة مفاوضة أو شـــريكا في شركة عنان:

١) **شركة المفاوضة:**

أولا: مذهب **الحنفية:**

ذهب **الحنفية** إلى أن كل ما يشتريه أحد شريكي المفاوضة مما يصح الاشتراك فيه يقع للشركة وينفذ على شريكه ولو لم يوجد قصد من المشتري بذلك ولا إذن من صاحبه ويكون المـــشترى مشتركا بينهما ويكون كل منهما مطالبا بما وجب من ذلك الثمن.[٢]

إلا أنهم استثنوا من ذلك استحسانا الحاجات الضرورية والخاصة لكل شريك كطعامه وطعـــام أهله وكسوتهم والاستئجار للسكنى والركوب ونحو ذلك مما لا بد له منه، فشراء الشريك لشيء منها يقع لنفسه خاصة ويختص بها دون شريكه، لكن للبائع أن يطالـــب بـــالثمن أيهمـــا شـــاء؛ المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى، لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما، والقياس عندهم يقتضي أن يقع ذلك للشركة ويكون مـــشتركا بينهم أيضا.[٣]

وجه الرأي السابق:

١. وجه وقوع المشترى مشتركا للشركة: لأن مقتضى المفاوضة المساواة وكل واحد منهمـــا قائم مقام صاحبه في التصرّف، فكان شراء أحدهما كـــشرائهما جميعـــا[٤]، فالمفاوضـــة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٦٨/١١. وانظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦.

٢ – المرغيناني، الهداية، ١٦٠/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٢/٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٧/١١، ٢٠٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٩/٤.

٣ – المرغيناني، الهداية، ١٦٠/٦، ١٦١. السرخسي، المبسوط، ٢٠٨/١١. الزيلعي، تبيين الحقـــائق، ٢٣٩/٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٢/٦–٣٧٣.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٨/١١. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٩/٤. المرغيناني، الهداية، ١٦٠/٦–١٦١.

كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة.(١)

٢. وجه الاستحسان:

أ. لأن كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه، وأنه لا يتمكن من تحصيله إلا بالشراء، فكان مستثنى بهذا المعنى لهذا القدر من تصرّفه من مقتضى العقد دلالة أو عادة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط فهو كالمنطوق.(٢)

ب. لأن سبب المفاوضة إنما يوجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية، وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والإدام، فإن اشترى أحدهما شيئا من ذلك كان له خاصة.(٣)

٣. وجه القياس: لأن شراء الطعام والكسوة ونحوهما من عقود التجارة، فكان من جنس ما يصح الاشتراك فيه كسائر الأعيان ويتناوله عقد الشركة، فيقع المشترى من ذلك مشتركا.(٤)

ثانيا: مذهب **الحنابلة**:

ذهب **الحنابلة** إلى أن الشراء ــ في الصورة الجائزة عندهم من شركة المفاوضة ــ يقع تبعا لنية وقصد الشريك المشتري، فإذا قصد بالشراء الشركة وقع الشراء للشركة وكان المشترى مشتركا بينهما، وإن قصد به نفسه وقع الشراء له واختص به دون صاحبه، فإن كذّبه شريكه في ذلك، فالقول قول الشريك المشتري مع يمينه ويصدق فيما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للشركة.(٥)

وجه الرأي السابق:

لأن الشريك أمين، والاختلاف هنا في نية المشتري ولا تعلم نيته إلا منه، إذ هو أعلم بما نواه وقصده، لا يطلع عليه أحد سواه أشبه الوكيل.(٦)

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٧٧/١١.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٨/١١–٢٠٩. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٩/٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٣/٦.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٩/١١.

٤ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٣٩/٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٣/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥.

٥ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٣٥/٣.

٦ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣.البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢.

٢) شركة العنان:

إذا اشترى الشريك شيئا من جنس تجارة الشركة[١] ــ سواء كانت تلك التجارة مقيدة بنوع من السلع أو مطلقة في عموم السلع ــ فلا خلاف في أن الشراء يقع تبعا لنية الشريك المشتري في الشراء ولا يقع دائما للشركة كالمفاوضة، فإن نوى بالشراء لنفسه وقع له خاصة، وإن نوى الشراء للشركة وقع الشراء للشركة وصار المشترى مشتركا، فإن كل ما يشتريه أحدهما بوصف أنه شريك على أن يكون لهما وقع الشراء للشركة، وكان المشترى مشتركا بينهما على ما لكل منهما من نسبة في رأس المال، كما أن كل ما يشتريه الشريك لنفسه خاصة لا على حكم الشركة فلا يكون لصاحبه حظ فيه، فيقع له خاصة ويختص بملكه وحده.[٢]

أما إذا كانت نية الشراء مطلقة كأن اشترى ولم يحدد في نيته لمن يكون الشراء للشركة أم لنفسه، فإن الشراء يقع للشركة، لأن العقد وقع على ذلك ولأنه أمينه ووكيله.[٣]

وجه الاتفاق: [٤]

١. وجه وقوع الشراء للشركة إذا نوى الشركة: لأنه أمينه ووكيله، إذ إنه حين اشترى إنما اشترى لنفسه بعض المشترى بطريق الأصالة ولصاحبه بعضه الآخر بطريق الوكالة أي بصفة أنه وكيل عنه في ذلك بناء على عقد الشركة، إذ هي تنعقد على الوكالة فيصير كل منهما وكيلا عن صاحبه في تصرّفه، ولذا ينفذ تصرّفه عليه وتكون السلعة المشتراة شركة بينهما على حكم العقد في الشركة

---

١ – أما إذا اشترى شريك العنان شيئا ليس من جنس تجارة المأذون بها في الشركة كأن عقدت الشركة على الاتجار بالأرز، فاشترى قطنا أو قمحا مثلا، فإن الشراء هنا يقع له خاصة ويختص بملكه ويطالب وحده بالثمن سواء نواه لنفسه أو للشركة، لأن هذا النوع من التجارة لم ينطو عليه عقد الشركة وليس بمأذون بشرائه فكان مخالفا بذلك فلا يقع للشركة ولو ادعى الشراء للشركة. انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٠/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦، ٣٩٦.

٢ – انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠١/٣–٥٠٢. البهوتي، كشاف القناع، ٤٩٩/٣. ابن مفلح، المبدع، ٧/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٤٦/٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٠٧/٢. الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٣٢، ٤٧–٤٨. الموسوعة الفقهية الكويتية، ٦٣/٢٦، ٧٢.

٣ – البهوتي، كشاف القناع، ٤٩٩/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٩/٣.

٤ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠١/٣–٥٠٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٤٩٩/٣. ابن مفلح، المبدع، ٧/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٤٦/٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٠٧/٢. . الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٣٢، ٤٧–٤٨.

٢. <u>وجه وقوع الشراء لنفسه إذا نوى نفسه</u>: لأنه لم يكن في شرائه وكيلا عن صاحبه، فيقع له خاصة ويختص بملكه وحده، إذ هو أعلم بنيته.

إلا أن الشريكين قد يختلفان في نية الشراء فيكذّب أحدهما الآخر، ولهذا الاختلاف في نية الشراء صورتان:

<u>الصورة الأولى</u>: أن يشتري أحدهما شيئا من جنس تجارة الشركة فيصرّح أو ينوي به أنه للشركة فيكذّبه شريكه الآخر فيقول: اشتريته لنفسك، ويقول الشريك المشتري: بل اشتريته للشركة، وإنما يقع مثل هذا الاختلاف بين الشريكين في نية الشراء عند ظهور خسران في العرض المشترى غالبا.

<u>الصورة الثانية</u>: أن يشتري شيئا من جنس تجارة الشركة فيصرّح أو ينوي به أنه لنفسه، فيكذّبه شريكه فيقول: بل اشتريته للشركة، فيقول المشتري: بل اشتريته لنفسي، وإنما يقع مثل هذا الاختلاف بين الشريكين عند ظهور ربح في العرض المشترى غالبا.

وعليه فقد اختلف الفقهاء فيمن يصدق قوله مع يمينه منهما في الصورتين السابقتين؟ وبالتالي هل يقع الشراء للشركة ويكون مشتركا أم يقع للشريك المشتري خاصة؟ على ثلاثة أقوال، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلافهم في تحديد من هو المدعي الذي يطالب بالبينة، ومن هو المدعى عليه الذي يكون القول قوله فيصدق مع يمينه إذا عجز الآخر عن اثبات دعواه:

<u>القول الأول</u>: القول في ذلك قول الشريك المشتري فيصدق مع يمينه مطلقا، وعليه فإذا اشتراه ونواه للشركة ــ كما في الصورة الأولى ــ وقع الشراء للشركة، ويكون المشترى مشتركا بينه وبين شريكه غير المشتري، وإذا اشتراه ونواه لنفسه ــ كما في الصورة الثانية ــ وقع له خاصة دون صاحبه، ويطالب شريكه غير المشتري بإقامة البينة على دعواه في الصورتين.

وإليه ذهب **الشافعية**[١] **والحنابلة**[٢] **والجعفرية**.[٣]

---

١ – النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٣. الشيرازي، المهذب، ٣٣٨/٣. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٦/٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٨/٦. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٨٠/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٧/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ١٣/٥–١٤. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٦/٢. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٣٣. العمراني، البيان، ٣٨٠/٦. الرافعي، العزيز، ١٩٨/٥.

٢ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٢/٣، ٥٣٨. البهوتي، كشاف القناع، ٤٩٩/٣، ٥٢٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٥٩/٥.

٣ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢٠٧/٤. الحلي، قواعد الأحكام، ٢٨/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٢٤/٢٦–٣٢٥. الكركي، جامع المقاصد، ٢٨/٨. مغنية، فقه جعفر الصادق، ١١٢/٤.

<u>القول الثاني:</u> القول في ذلك قول الشريك غير المشتري فيصدق مع يمينه مطلقا، وبالتالي فإذا اشتراه للشركة فكذبه شريكه ــ كما في الصورة الأولى ــ وقع له خاصة دون شريكه، وإن اشتراه لنفسه وكذبه شريكه ــ كما في الصورة الثانية ــ وقع الشراء للشركة ويكون المشترى مشتركا بينهما ولو كان قد أشهد عند الشراء أنه يشتريه لنفسه.

وإليه ذهب **الحنفية**.[١]

<u>القول الثالث:</u> وذهب **المالكية** إلى التفصيل التالي:[٢]

أ. إذا كانت الشركة قد عقدت في عموم التجارات؛ فإن كان ما اشتراه مناسبا ولائقا به وبعياله من طعام أو شراب أو كسوة فادعى الشراء لنفسه وكذبه شريكه في ذلك، كان القول في ذلك قول الشريك المشتري فيصدق ويقبل قوله بلا يمين ويختص به دون شريكه وليس له مشاركته فيه، أما إذا كان ما اشتراه غير لائق به أو كان عروضا غير الطعام والشراب واللباس كعقار أو حيوان ولو كان لائقا فلا يصدق الشريك المشتري أنه اشتراه لنفسه في حال الاختلاف، ويكون القول قول شريكه غير المشتري في دعواه الشراء للشركة وله الدخول معه ومشاركته فيما اشتراه من ذلك.

ب. إذا كانت الشركة عقدت في التجارة بنوع من السلع والتجارات، فلا يصدق الشريك المشتري في دعوى الشراء لنفسه في حال الاختلاف كأن قال له شريكه: اشتر سلعة كذا، ففعل شريكه ذلك ثم قال الشريك المشتري: لم أرد أن اشتري لك شيئا فاشتريته لنفسي، لم يكن ذلك له وكان معه شريكا شاء أو أبى، أي يكون القول في ذلك قول الشريك غير المشتري.

<u>أدلة القول الأول:</u>

١. لأنه أمين، والاختلاف هنا في نية المشتري وهو أعلم بما نواه لا يطلع عليه أحد سواه

---

١ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٩/٦، ٣٨٠. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٨٩/٥–١٩٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٧/٤.

٢ – الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٨/٣. الحطّاب، مواهب الجليل، ٨٧/٧. الدردير، الشرح الكبير، ١٤/٥. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٨/٢. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٧/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٥٠/٦. المواق، التاج والإكليل، ٨٣/٧. العدوي، حاشية العدوي، ٣٥٠/٦.

أشبه الوكيل.[١]

٢. لأنه يجوز له أن يشتري لنفسه وإن كان شريكا لغيره[٢]، إذ إن مجرد الاشتراك وكون كل منهما شريكا لا يقتضي أن يكون تصرّف كل منهما واقعا للشركة بدون القصد، بل لا بد من قصد الاشتراك فيما يتعاملانه أو قصد الانفراد.[٣]

<u>أدلة القول الثاني:</u>

١. <u>وجه ما إذا اشترى فادعى الشراء للشركة وكذبه شريكه</u>: لأنه بذلك يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه.[٤]

<u>اعتراض:</u>

يعترض على ما سبق بأنه غير مسلّم به، بل الشريك غير المشتري مدع مطالب بالبينة، لأنه يدعي وقوع الشراء لغير الشركة، والشريك المشتري ينكر والقول قوله، لأن الأصل أن الشريك يشتري له ولشريكه بموجب عقد الشركة الموقع بينهما، فوجوب بعض الثمن في ذمة شريكه إنما كان بإذنه ورضاه، فكان الأصل مع الشريك المشتري فجانبه أقوى ، في حين أن الآخر يدعي خلاف الأصل.

٢. <u>وجه ما إذا اشترى فادعى الشراء لنفسه وكذبه شريكه</u>: أنه لما اشترى ذلك الشيء كان في بعضه بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين، فيقع الشراء لهما معا ويكون ذلك الشيء مشتركا بينهما.[٥]

<u>اعتراض:</u>

ويعترض على سبق بأن إبرام عقد الشركة بينهما لا يقتضي أن يكون كل شراء يباشرانه واقعا للشركة، بل يجوز أن يكون شراؤه للشركة أو يكون لنفسه، ولا يعرف ذلك إلا بالنية والقصد الباطني، وذلك أمر خفي لا يطلع عليه أحد سواه، ولا يعرف إلا من جهته، فكان القول قوله.

---

١ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٣/٣، ٤٩٩. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢. الشيرازي، المهذب، ٣٣٨/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٨٠/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ١٤/٥. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢٠٧/٤. النجفي، جواهر الكلام، ٣٢٤،٣٢٥/٢٦.

٢ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٨/٦.

٣ – الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢٠٧/٤. وانظر تعلق محمد كلانتر على الروضة البهية نفس الصفحة حاشية رقم(٣)

٤ – ابن نجيم، البحر الرائق، ١٨٩/٥–١٩٠. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٩/٦، ٣٨٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٧/٤.

٥ – ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٠/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** الذي جعل القول في الاختلاف بين الشريكين في نية المشتري هو قول الشريك المشتري، فيصدق مع يمينه مطلقا سواء في دعواه الشراء للشركة أو الشراء لنفسه، وذلك لقوة ما استدل به الفريق الأول من أدلة، بالإضافة إلى أن جانب الشريك المشتري أقوى، لأنه يدعي الأصل، فعقد الشركة المبرم بينهما يقتضي أن يشتري الشريك لنفسه بطريق الأصالة ولشريكه بطريق الوكالة، في حين إن الشريك الآخر يدعي خلاف هذا الأصل فيطالب بالبينة ، كما أن الوجه الذي وقع عليه شراء الشريك لا يعرف إلا بالنية، وهو أمر باطن خفي لا يعرف إلا من جهته، ولا يتضح إلا بتصريحه وقوله، فيصدق مع يمينه، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: تصرّفات الشريك فيما يتعلق بحقوق العقد:

من المعلوم أن العقود التي يبرمها أحد الشريكين تتبعها أحكام وتترتب عليها حقوق تسمى "حقوق العقد"، فإذا اشترى الشريك للشركة أو باع أو استأجر أو أجّر أو تقبل عملا، فإن لكل عقد من هذه العقود حقوقا تتعلق به، وهذه الحقوق هي:

١) قبض الثمن أو الأجرة والمطالبة بتسليمهما والمخاصمة بهما.

٢) إقباض الثمن أو الأجرة وتوجه المطالبة إليه بتسليمهما ومخاصمته بهما.

٣) قبض المبيع أو العين المؤجرة أو العمل (المصنوع) والمطالبة بتسليمها والمخاصمة بها.

٤) تسليم المبيع أو العين المؤجرة أو العمل (المصنوع) وتوجه المطالبة إليه بتسليمها ومخاصمته بها.

٥) رد المبيع بالعيب في عقد الشراء، وقبول المبيع إذا رد عليه بالعيب في عقد البيع.

وتصرّف الشريك بحقوق العقد يختلف حكمه بين كونه شريكا في شركة المفاوضة أو شريكا في شركة العنان، وبين كونه شريكا في شركة الأموال أو شريكا في شركة الأعمال، وعليه يمكن بحث ذلك في المحاور التالية:

أولا: حكم رجوع حقوق العقد في شركة المفاوضة:

(أ) شركة مفاوضة الأموال:

إذا اشترى شريك المفاوضة أو باع أو استأجر أو أجّر للشركة، فلا خلاف بين **الحنفية والزيدية والأباضية** ــ القائلين بمشروعية شركة المفاوضة ــ في أن حقوق العقد ترجع إلى كل من الشريكين في شركة المفاوضة بمطلق العقد سواء في ذلك ما وليه هو أو وليه صاحبه؛ فلكل من شريكي المفاوضة أن يقبض الثمن والمبيع ويقبضهما، ويطالب بهما ويخاصم وتتوجه إليه

المطالبة والمخاصمة بهما إليهما، ويكون كل منهما خصما عن الآخر وتقام عليه البينة ويستحلف، ويرد بالعيب، ويُرَدُّ عليه بالعيب، فإذا استأجر أحدهما أجيرا أو عينا للشركة فلكل منهما أن يدفع الأجرة للمؤجر، وللمؤجر أن يطالب أيهما شاء، وإذا أجّر أحدهما شيئا من مال الشركة فلكل منهما أن يقبض الأجرة وللمستأجر أن يأخذ العين المستأجرة من أيهما شاء ويطالبه بها.[١]

وجه الرأي السابق:

لأن كل واحد من شريكي المفاوضة قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه، وذلك لأن المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة، فبحكم الكفالة يجعل كل منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة، إذ أنه في النصف أصيل وفي النصف كفيل عن صاحبه، وبحكم الوكالة يجعل فعل أحدهما في التجارة كفعلهما وقول أحدهما كقولهما، إذ هو في النصف أصيل وفي النصف وكيل عن صاحبه، وهما في الحقيقة شخصان وفي أحكام التجارة وعقودها كشخص واحد، فيملك كل منهما القبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة والرد بالعيب ونحو ذلك من حقوق العقد.[٢]

(ب) شركة مفاوضة الأعمال:

إذا تقبل أحد الشريكين في شركة مفاوضة الأعمال عملا، فقد ذهب **الحنفية** ــ القائلون بمشروعية شركة المفاوضة في الأعمال ــ[٣] إلى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه وإليهما ترجع حقوق العقد في ذلك بمطلق العقد؛ فلكل منهما أن يقبض الأجرة من صاحب العمل، وأن يطالبه ويخاصمه بها، ويبرأ صاحب العمل بدفع الأجرة إلى أي واحد منهما، ولكل منهما تسليم العمل أو المصنوع إلى صاحب العمل، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء ويتوجه إليه بالمخاصمة، ويبرآن بعمل أحدهما، كما أن ما يلزم أحدهما بسبب

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١١/١٧٧، ١٨٢، ٢٠٠–٢٠١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٩٩. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٨٤. البابرتي، العناية، ٦/١٦١. العيني، البناية، ٧/٣٨١، ٣٨٣. ابن عابدين، رد المحتار، ٦/٣٧٣. العنسي، التاج المذهب، ٣/١٧٤. ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/١٤٠. أطفيش، شرح النيل، ١٠/٤١٣–٤١٤. البطاشي، غاية المأمول، ٦/١١٨.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١١/١٧٧، ١٨٢، ٢٠١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٩٩. البابرتي، العناية، ٦/١٦١. العيني، البناية، ٧/٣٨٣. العنسي، التاج المذهب، ٣/١٧٤. ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/١٤٠.

٣ – وقد سبق ذكر أن **الحنفية** هم وحدهم دون غيرهم من الفقهاء من قال بشركة المفاوضة في شركة الأعمالانظر صفحة(٢٨) من هذه الدراسة.

هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به.[١]

وجه الرأي السابق:

لأن كل واحد من الشريكين قد صار بشركة المفاوضة وكيل صاحبه في تقبل العمل له، إذ أنه تقبله لنفسه بالأصالة ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما، ويكون أيضا كفيلا عن صاحبه فيما يجب عليه، إذ هما كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة فكان كل واحد منهما مؤاخذا بما يقبله الآخر ومطالبا به بحكم الكفالة، فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالبان بالأجر ويبرآن بعمل أحدهما ويبرأ المستعمل بدفع الأجرة إلى أحدهما.[٢]

ثانيا: حكم رجوع حقوق العقد في شركة العنان:

إذا اشترى شريك العنان للشركة أو باع أو استأجر، فحكم رجوع حقوق العقد فيها يختلف بين كون الشركة شركة عنان أموال وبين كونها شركة عنان أعمال: [٣]

(أ) شركة عنان الأموال:

إذا اشترى شريك العنان في شركة الأموال أو باع أو استأجر، فقد اختلف الفقهاء فيمن ترجع إليه حقوق العقد على ثلاثة أقوال، ويرجع سبب الخلاف هنا إلى التفاوت بين اعتبار الشريك المتولي للعقد بمنزلة الوكيل والآخر بمنزلة الموكِل فترجع الحقوق للوكيل، وبين اعتبار تصرف أحدهما كتصرف الآخر، وقيامه بالتصرف كقيام الآخر به بموجب عقد الشركة، فترجع الحقوق لكليهما معا:

القول الأول: إن حقوق العقد كلها ترجع إلى الشريك العاقد الذي تولى العقد دون صاحبه، فللشريك العاقد القبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة والرد بالعيب والقبول به إذا رد عليه

---

١ – انظر: المرغيناني، الهداية، ١٨٨/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥١/٤-٢٥٢. السرخسي، المبسوط، ١٥٥/١١، ١٧٩، ١٨٢، ٢١٤، ٢١٥.ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٨/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٠/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩٠/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٤/٥.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١٧٩/١١-١٨٠، ٢١٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥١/٤-٢٥٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٤/٥.

٣ – أما حكم شركة عنان الوجوه في حقوق العقد فلم يذكر الفقهاء شيئا في ذلك فيما اطلعت عليه إلا أن حكمها كحكم شركة عنان الأموال في هذا الشأن، فقد نص **الحنابلة** على أن شريكي الوجوه في التصرّفات كشريكي عنان الأموال فيما يجب لهما وعليهما. انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٧/٣. ابن قدامة، المغني، ١٢٢/٧.ابن مفلح، المبدع، ٣٨/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٤٥/٣. ابن مفلح، شمس الدين محمد، الفروع، ط١، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م، ١١١/٧.

فيما وليه فقط هو دون ما وليه صاحبه، وليس لشريكه الذي لم يتول العقد أن يفعل شيئا من ذلك مما لم يتول عقده إلا بإذن شريكه العاقد، فلا يَقبِضُ ولا يُقبِض ولا يطالب ولا يخاصم ولا يرد بالعيب، وهو والأجنبي في هذا سواء، وليس للبائع ولا المؤجر أن يطالب غير الشريك المباشر للعقد، ولا يرد عليه بالعيب ولا يخاصمه، ولا يسمع عليه بينة ولا يستحلف.

وإليه ذهب **الحنفية**[١]والزيدية فيما يظهر.[٢]

وعليه فإن ما يشتريه كل واحد منهما للشركة منفردا يطالب وحده بثمنه دون شريكه الآخر ؛ فإن أداه ونقده من مال الشركة جاز ولا رجوع له على شريكه، وإن أدى من مال نفسه فله أن يرجع على شريكه بحصته منه عند **الحنفية**.[٣]

وكذا إذا باع أحدهما فليس للآخر قبض ثمن ما باع، وللمدين أن يمتنع من دفعه إليه، كالمشتري من الوكيل بالبيع له أن يمتنع عن دفع الثمن إلى الموكل، لأن القبض من حقوق العقد تعود إلى العاقد، لأن المدين لم يلتزم الحقوق للمالك وإنما التزمها العاقد، فلا يلزمه ما لم يلتزمه إلا بتوكيل العاقد، فإن دفعه إلى الشريك غير العاقد من غير توكيل برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر استحسانا عند **الحنفية**، لأنه لا فائدة في نقض هذا القبض إذ لو نقضناه لاحتجنا إلى إعادته، لأن المدين يلزمه دفعه إلى العاقد والعاقد يرد حصة الشريك إليه، فلا يفيد القبض ثم الإعادة في الحال، في حين أن القياس عندهم: أنه لا يبرأ الدافع بذلك، لأن حقوق العقد لا تتعلق بالقابض، بل هو أجنبي عنها وإنما تتعلق بالعاقد، فكان الدافع إلى القابض بغير حق فلا يبرأ.[٤]

<u>القول الثاني:</u> إن حقوق العقد كلها ترجع إلى كل من الشريكين، سواء في ذلك الذي تولى العقد أو الذي لم يتول العقد، فلكل منهما القبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة والرد بالعيب له وعليه بمطلق العقد بغير إذن شريكه.

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥، ٩٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. العيني، البناية، ٣٨٣/٧، ٣٩٨، ٤٠٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٦/٤. المرغيناني، الهداية، ١٧٨/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٩/٦، ٣٨٣. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٩/٦، ٣٨٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٤/١١،١٧١، ١٧٥، ٢٠١، ٢٠٣. البابرتي، العناية، ١٦١/٦.

٢ – العنسي، التاج المذهب، ١٧٨/٣.

٣ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٩/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٦/٤-٢٤٧. المرغيناني، الهداية، ١٧٨/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦.

وإليه ذهب **المالكية**[١] **والحنابلة**[٢] **والجعفرية**[٣]

القول الثالث: التفصيل: وقد ذهب إليه **الشافعية** على النحو الآتي:[٤]

١) إن حقوق العقد ـــ فيما عدا الرد بالعيب وقبول معيب رد عليه ـــ ترجع إلى الشريك العاقد الذي تولى العقد دون صاحبه، فللشريك العاقد القبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة، وبهذا يتفق هذا القول مع **القول الأول** فيما ذهب إليه في هذا الجانب.

أما إذا تولى الشريكان العقد وباشراه معا فهذه الحقوق المذكورة ترجع حينئذ إليهما معا كل في حدود نصيبه من الشركة، فإذا كانا شريكين على النصف مثلا فاشتريا معا شيئا للشركة، فللبائع أن يأخذ كل واحد منهما بحصته وهو نصف الثمن فقط، وليس له أن يأخذ أحدهما بجميع الثمن إلا أن يكون ضامنا عن صاحبه.

وعليه فإن ما يشتريه كل واحد منهما للشركة منفردا يطالب وحده بثمنه دون شريكه الآخر ؛ فإن أداه ونقده من مال الشركة جاز ولا رجوع له على شريكه، وإن أدى من مال نفسه فله أن يرجع على شريكه بحصته منه في حالة عدم وجود نقد ناض[٥] من مال الشركة يفي بذلك الثمن، وذلك لأنه وكيل من جهته في حصته، فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه بحسابه، أما إن أدى من نفسه مع وجود نقد ناض في مال الشركة ففي رجوعه على شريكه عند **الشافعية** وجهان: أصحهما: أنه يرجع عليه بحصته منه، لأنه من موجبات الشركة والوجه الثاني: أنه لا يرجع، لأن موجب الشركة أن يؤديه من

---

١ – انظر: القرافي، الذخيرة، ٥٦/٨، ٦٠، ٦٢، ٧٢. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦، ٣٤٨. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨١/٦، ٨٥. الدردير، الشرح الكبير، ١٠/٥، ١٢–١٣. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١٠/٥. المواق، التاج والإكليل ٨٠/٧. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣، ٢٩٦. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٥٦/٢.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢، ٣٢٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥، ٩. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢، ٢٦١.

٣ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٤ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٥/٦–٤٨٦، ٤٨٩. الرملي الكبير، حاشية الرملي، ١٤/٥. العمراني، البيان، ٣٧٨/٦–٣٧٩. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤.

٥ – نضوض المال:هو صيرورة المال ورجوعه نقدا وعينا دنانير أو دراهم بعد أن كان متاعا ، وذلك ببيع السلع بها وقبضها. انظر: الشلبي ، حاشية الشلبي، ٥٤٣/٥–٥٤٤. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٧/٢. الدردير، الشرح الكبير، ٣٠٩/٥.

مالها، فصار عدوله عنه إلى مال نفسه تطوعا منه، فلم يرجع به على شريكه.

٢) أما الرد بالعيب سواء كان له أو عليه فيرجع هذا الحق إلى كلا الشريكين كل في حدود نصيبه وحصته، فلكل شريك أن يرد نصيبه من معيب اشتراه هو أو شريكه، وأن يُـرَدَّ عليه نصيبه من معيب باعه هو أو شريكه عموما، وتفصيله كالآتي:

أ. إذا تولى الشريكان العقد وباشراه معا كأن باعا شيئا من مال الشركة صفقة واحدة، فوجد المشتري فيه عيبا فله رد جميعه عليهما وله رد نصفه على أحدهما، وإذا اشتريا شيئا للشركة فوجداه معيبا فلهما رد جميعه على بائعه أو إمساكه جميعا إذا اتفقا على ذلك، ولأحدهما رد حصته من المعيب دون حصة شريكه، لأن تعدد المشتري يوجب تعدد الصفقة.

ب. إذا انفرد أحد الشريكين بإبرام العقد دون صاحبه:

أولا: <u>إن كان قد اشترى أحدهما شيئا للشركة على ظن السلامة فبان معيبا</u>، فلهما رد جميعه أو إمساك جميعه، فإن أراد أحدهما رد نصيبه منفردا دون نصيب شريكه فلا يخلو الأمر عندئذ من حالتين؛ إما أن يكون قد ذكر للبائع عند العقد أنه يشتريه شركة بينه وبين شريكه أو لم يذكر ذلك:

<u>الحالة الاولى</u>: إن كان لم يذكر ذلك للبائع عند العقد، فليس لأحدهما أن ينفرد برد حصته حتى يردا جميعه أو يمسكا جميعه، لأن المشتري واحد فكانت الصفقة واحدة.

<u>الحالة الثانية</u>: إن كان قد ذكر ذلك للبائع عند الشراء، فللشافعية وجهان في جواز انفراد الشريك برد حصته دون شريكه:

<u>الوجه الأول</u>: له أن ينفرد بالرّد، لأن البائع قد علم أن الصفقة لنفسين، فصار كما لو اشتريا شيئا بأنفسهما ومباشرتهما.

<u>الوجه الثاني</u>: ليس له أن ينفرد بالرد، إلا أن يجتمعا على الرد، لأن ذلك يوجب تفريق الصفقة بخلاف المباشرة، بدليل أنه لو أنكر المذكور أنه أمره بالشراء كانت صفقة كلها لازمة لمتولي الشراء ولو كانت صفقتين لتفرقت.

ثانيا: <u>إن باع أحد الشريكين شيئا من مال الشركة على ظن السلامة، فوجد المشتري به عيبا</u>، فللمشتري رد جميعه عليهما معا، فإن أراد أن يرد على أحد الشريكين حصته من المعيب منفردة دون حصة شريكه، فلا يخلو الأمر من حالتين؛ إما أن يذكر للمشتري عند العقد أنه شريك لآخر فيه أو لم يذكر ذلك:

<u>الحالة الاولى</u>: إن كان ذكر ذلك للمشتري عند العقد، فللمشتري أن يرد على أحد

الشريكين حصته من المعيب دون حصة الآخر.

الحالة الثانية: إن كان لم يذكر ذلك للمشتري عند العقد، فللشافعية وجهان في جواز رد المشتري لحصة أحد الشريكين عليه دون حصة شريكه:

الوجه الأول: لا يجوز أن يفرق الصفقة برد حصة أحدهما دون الآخر حتى يرد جميعه إن شاء، لأن متولي العقد واحد فصارت الصفقة به واحدة.

الوجه الثاني: له أن ينفرد برد حصة أيهما شاء، لأن افتراق الملك من جهة البائع يوجب تفريق الصفقة، بدليل أنه لو أنكر الإذن لتفرقت الصفقة وصح العقد في حصة المتولي للعقد دون المدعي عليه الإذن.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن العنان تقتضي الوكالة دون الكفالة، والمباشر هو الأصل في الحقوق وإليه ترجع بخلاف المفاوضة، لأن الشريك العاقد أصيل في بعض المال ووكيل عن صاحبه في بعضه الآخر والوكيل هو الأصل في الحقوق، في حين يكون شريكه في بعضه أجنبي وفي بعضه موكل وليس للموكل ذلك، ولكون شريكه ليس بكفيل عن صاحبه فلا يطالب غير العاقد.[1]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الشركة تفارق الوكالة، ففي الوكالة تكون سلطة التصرف بيد الوكيل ولا سلطة للموكِل، وبالتالي تكون حقوق العقد راجعة إلى من بيده سلطة التصرف وهو الوكيل، بخلاف الشركة التي تكون سلطة التصرف فيها لكل من الشريكين، وبالتالي ترجع حقوق التصرف اليهما معا.

أدلة القول الثاني:

١. لأن إطلاق الإذن في العقد يُنزَّل على الأمور الغالبة في التجارة، والقبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة والرد بالعيب من عادة التجار.[2].
٢. لأنه مؤتمن فيملك القبض والإقباض، ومن ملك قبض شيء ملك المطالبة والمخاصمة

---

١ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٦/٤. المرغيناني، الهداية، ١٧٨/٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١، ٢٠١. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٩/٦. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٤٦/٤. البابرتي، العناية، ١٦١/٦. العيني، البناية، ٣٨٣/٧.

٢ – انظر: الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢

فيه كالوكيل في قبض الدين ويرد بالعيب لأن الوكيل يرد فالشريك أولى.[١]

٣. لأن يدهما واحدة، لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيملك ذلك.[٢]

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** الذي جعل حقوق العقد كلها ترجع إلى كل من الشريكين، سواء في ذلك الذي تولى العقد أو الذي لم يتوله، فلكل منهما القبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة والرد بالعيب له وعليه بمطلق العقد بغير إذن شريكه، **ووجه ذلك:**

١. لأن هذه الحقوق والتصرّفات من عادة التجار وعرفهم الجاري، والشريك يملك من التصرّفات ما جرت به عادة التجار وما كان متعارفا بينهم، إذ إن الشركة منعقدة على ما كان معتادا ومعروفا لدى التجار.

٢. لأن سلطة التصرّف في مال الشركة ممنوحة ومخولة لكل من الشريكين بموجب عقد الشركة فهي من اختصاصهما معا، فعقد الشركة يقتضي أن يتصرّف كل منهما في مال الشركة بالأصالة عن نفسه وبالوكالة عن شريكه بما يحقق مقصود الشركة من الاسترباح والتنمية، فيكون كل شريك في كل تصرّف يتصرّفه للشركة أصيلا عن نفسه ووكيلا عن صاحبه، وعلى هذا دخل كل منهما، وبالتالي فسلطة تصرّف كل شريك هي عامة تشمل جميع التصرّفات دون تفريق سواء كانت تصرّفات أصيلة كالبيع والشراء والإجارة ونحوها، أو كانت تصرّفات تبعية تكميلية فرعية كالقبض والإقباض والمطالبة ونحوها،لأنه لما كان من المتفق عليه أن كلاً من الشريكين يملك أن يباشر العقود والتصرّفات الأصيلة عن نفسه وعن شريكه بهذا الحق الممنوح له بعقد الشركة، فمن باب أولى أن يملك كل منهما أيضا الحقوق والتصرّفات التبعية والتكميلية المترتبة عن تلك العقود والتصرّفات الأصيلة مما تولاها هو أو شريكه، واستثناء هذه التصرّفات أو الحقوق من عموم سلطة تصرّف الشريك الشاملة لكونه غير عاقد هو استثناء بلا دليل، كما أن تخصيص بعض التصرّفات بشريك دون الآخر لكونه عاقد تخصيص بلا مخصص.

---

١ – انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. التنوخي، الممتع، ٣٨٦/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢.

٢ – انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٨/٦، ٣٤٩. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٥/٦، ٨٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. القرافي، الذخيرة، ٧٢/٨. الدردير، الشرح الكبير، ١٢/٥–١٣.

٣. أما كون الأصل في حقوق العقد أنها تختص بالعاقد فهذا معتبر في عموم الأحوال المعتادة التي يكون فيها حق التصرّف في المال أو المحل هو من اختصاص العاقد وحده، أما إذا كان هناك من يشاركه في حق التصرّف فعندئذ لا تختص تلك الحقوق بالعاقد وحده، بل تكون من حق كل من له حق التصرّف في المحل دون استثناء سواء كان عاقدا أو غير عاقد لكونه متصرّفا في المحل كصاحبه، والله تعالى أعلم.

(ب) شركة عنان الأعمال:

إذا تقبل أحد الشريكين في شركة عنان الأعمال عملا، فقد اختلف الفقهاء فيمن ترجع إليه حقوق العقد في ذلك على قولين، ويرجع سبب الخلاف بينهم إلى الاختلاف في كون شركة عنان الأعمال تنعقد على الكفالة كالمفاوضة أو لا:

القول الأول: إن حقوق العقد ترجع إلى كل واحد من الشريكين، فما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه وترجع إليهما حقوق العقد، فلكل منهما أن يقبض الأجرة من صاحب العمل وأن يطالبه ويخاصمه بها، ويبرأ صاحب العمل بدفع الأجرة إلى أي واحد منهما، ويسلّم كل منهما العمل أو المصنوع إلى صاحب العمل، ولصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء ويتوجه إليه بالمخاصمة ويبرآن بعمل أحدهما.

وإليه ذهب **الحنفية** استحسانا[١] **والمالكية**[٢] **والحنابلة**[٣] **والزيدية في قول.**[٤]

القول الثاني: إن حقوق العقد ترجع إلى الشريك المتقبِّل للعمل فقط دون صاحبه، فيكون الشريك المتقبل هو الذي يطالب بجميع العمل والضمان، ويطالب بجميع الأجرة، وليس لصاحب العمل أو المصنوع مطالبة المتقبل عنه بعمل أو يضمن ما تلف ولو كان العمل عليهما والأجرة لهما،

---

١ – المرغيناني، الهداية، ١٨٨/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥١/٤–٢٥٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٠/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٨/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩٠/٦. السرخسي، المبسوط، ٢١٥/١١. البابرتي، العناية، ١٨٨/٦.

٢ – انظر: الدردير، الشرح الصغير، ٣٠٣/٣. الحطّاب، مواهب الجليل، ٩٨/٧، ٩٩. القرافي، الذخيرة، ٣٨/٨. الدردير، الشرح الكبير، ٢٦/٥–٢٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٦/٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٦٤/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١٢٠/٢. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ١٠١/٦. المواق، التاج والإكليل ٩٨/٧.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١١٣/٧–١١٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٤٦/٣–٥٤٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٤٠/٢. المرداوي، الإنصاف، ٤٦٠/٥. ابن مفلح، المبدع، ٣٩/٥، ٤٠. البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٧/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢، ٢٦٣.

٤ – العنسي، التاج المذهب، ١٨١/٣،١٨٠. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٤/٥.

بل للمتقبل أن يرجع على صاحبه بما طولب به من العمل والضمان، وليس للمتقبل عنه مطالبة صاحب المصنوع بالأجرة، والمتقبل مخير بين أن يعمل عن شريكه ما تقبله عنه من العمل ويسلم له حصته من الأجرة، وبين أن يسلم إليه المصنوع ليصنع هو ما تقبله عنه.

وإليه ذهب **الزيدية في الأصح** والمختار [١] وهو القياس عند **الحنفية**[٢] واحتمال عند **الحنابلة.**[٣] إلا أن المتقبِّل للعمل إن أضاف العمل إلى شريكه لفظا كان لصاحب العمل مطالبة المتقبَّل عنه به حينئذ عند **الزيدية.**[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن كل واحد منهما بعقد الشركة أذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه ؛ يتقبله لنفسه بالأصالة ولشريكه بالوكالة، فيجب عليهما ويطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالبان بالأجر، إذ يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه فيما يجب له وعليه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين، لأن هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل وإن كانت عنانا، لأن العمل الذي يتقبله أحدهما يجب على الأخر حتى يستحق الأجر به، فإذا كانت هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب ضمان العمل، فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب ضمان العمل واقتضاء البدل عن الآخر وإن لم تكن مفاوضة حقيقة، فشركة الأعمال لا تنعقد إلا على الضمان، ولهذا المعنى استوى في هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة في الضمان.[٥]

أدلة القول الثاني:

لأنها معقودة على التوكيل بالعمل لا على الضمان، ولكونها معقودة على التوكيل فإن المتقبِّل هو

---

١ – العنسي، التاج المذهب، ١٨٠/٣–١٨١. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٤/٥.

٢ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٢/٤. المرغيناني، الهداية، ١٨٨/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٣/٥. السرخسي، المبسوط، ١٥٥/١١، ٢١٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٨/٦. البابرتي، العناية، ١٨٨/٦.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤٦٠/٥. ابن قدامة، المغني، ١١٤/٧. ابن مفلح، المبدع، ٣٩/٥–٤٠. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢–٢٦٣. ابن مفلح، الفروع، ١١١/٧. المرداوي، علي بن سليمان ، تصحيح الفروع، ط١، تحقيق عبدالله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ– ٢٠٠٣م ، ١١١/٧.

٤ – العنسي، التاج المذهب، ١٨٠/٣.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٢/٥، ١٠٣. المرغيناني، الهداية، ١٨٩/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥١/٤، ٢٥٢. السرخسي، المبسوط، ٢١٥/١١–٢١٦. ابن قدامة، المغني، ١١٤/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٤٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٤٠/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٧/٣. العنسي، التاج المذهب، ١٨١/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٤/٥. الحطّاب، مواهب الجليل، ٩٩/٧.

الذي ترجع إليه حقوق العقد؛ فيُطالَب بجميع العمل والضمان ويطالِب بجميــع الأجــرة [1]، ولا يطالب غير المتقبل بذلك لأن ذلك من مقتضى الكفالة، والعنان لا تتضمن الكفالة كالمفاوضة[2]، أما كون العمل عليهما والأجرة لهما فذلك لأجل التوكيل بينهما، لا لأجل ضــمانه للمــستأجر، فالضمان وإن كان لازما فيها إلا أنه تبع للتوكيل.[3]

<u>اعتراض:</u>

يعترض على ما سبق بأن عنان الاعمال وإن كانت تتضمن الوكالة، إلا أن حكم الشريك في هذه المسألة يختلف عن حكم الوكيل، لأن حقوق العقد ترجع إلى المتسلط على التصرف، وهو فــي الوكالة الوكيل دون الموكل، في حين يتسلط كل من الشريكين في شركة عنان الاعمــال علــى التصرف معا فيكون العمل من ضمانهما معا، وبالتالي ترجع اليهما الحقوق.

<u>الرأي المختار:</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول مــن أن هذه الشركة وإن كانت عنانا إلا أنها منعقدة على ضمان العمل على كل منهمــا بإضــافة إلــى انعقادها على الوكالة، وإيجاب الضمان على كل من الشريكين في هذه الشركة يقتضي رجــوع حقوق العقد إليهما لهذا المعنى، والله تعالى أعلم

<u>المطلب الرابع: تصرّف الشريك بالإقالة:</u>

إذا باع الشريك سلعة من مال الشركة أو اشترى سلعة لها، وأراد هو أو شريكه الاتفاق مع البائع أو المشتري على الإقالة وفسخ ذلك العقد، فقد اختلف الفقهاء في جواز إقالة الشريك للعقد، وهل يملك هذا التصرّف بمطلق عقد الشركة أم لا بد لجواز ذلك من إذن شريكه؟ على قولين، ويعود سبب الخلاف إلى الاختلاف في اعتبار الإقالة تصرف تجاري يحقق مصلحة للشركة أو اعتباره فسخا لا يدخل في التجارة:

<u>القول الأول:</u> تجوز إقالة الشريك للعقد بمطلق عقد الشركة دون حاجة إلى إذن شــريكه، ســواء فيما تولاه هو أو شريكه، وسواء كان هو من طلب الإقالة أو غيره، فيقيل ويستقيل، وينفذ ذلــك على شريكه.

---

١ – انظر:العنسي، التاج المذهب، ١٨٠/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٤/٥.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢١٥/١١. البابرتي، العنايــة، ١٨٨/٦–١٨٩. الزيلعــي، تبيــين الحقــائق، ٢٥٢/٤. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٨/٦–١٨٩.

٣ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٤٤/٥.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والمالكية**(٢) **والحنابلة في الصحيح**(٣) **والأباضية**.(٤)

القول الثاني: لا يجوز للشريك الإقالة إلا بإذن شريكه، فإن أذن له جاز.

وإليه ذهب **الحنابلة في وجه**.(٥)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الإقالة من صنيع التجار فكانت من مقتضيات عقد الشركة، لأن الإقالة كالبيع الجديد(٦)، وهي ضرب من التجارة إذ هي مبادلة في الواقع(٧)، والشركة منعقدة على التجارة وعادة التجار.

٢. لأن الإقالة فيها معنى الشراء، والشريك يملك الشراء على الشركة فيملك الإقالة، وبيان ذلك: إن باع أحد الشريكين متاعا من الشركة، فرُدَّ عليه فقبله بغير قضاء القاضي جاز عليهما، لأن قبول المبيع بالتراضي من غير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ بالتعاطي وكل واحد منهما يملك أن يشتري ما باعه على الشركة، وكذا القبول من غير قضاء القاضي بمنزلة الإقالة.(٨)

٣. لأن المصلحة قد تكون في الإقالة، إذ قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه، فتكون الإقالة

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥، ١٠١. السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦.

٢ – الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥-١٠. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٠/٦-٨١. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧-٨١. القرافي، الذخيرة، ٦٤/٨. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٥٦/٢.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٣/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠، ٤١٤.البطاشي، غاية المأمول، ١١٨/٦.

٥ – ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢، ٢٦١. المرداوي، الإنصاف، ٤١٣/٥.ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٦ – السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١.

٧ – الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، ص٥٨.

٨ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥، ١٠١.

أجدى عندئذ [١] وتصرّف الشريك منوط بما يحقق مصلحة الشركة.

٤. لأن الإقالة إن كانت بيعا فهو يملك البيع لأنه مأذون له فيه، وإن كانت فسخا فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه، فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان الحظ فيه، لان فسخ البيع المضر من مصلحة التجارة، فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه.[٢]

٥. لأنه وكيل عن صاحبه فجاز له ذلك وملكه.[٣]

أدلة القول الثاني:

لأن الإقالة فسخ، والفسخ ليس من التجارة، فلا تدخل في الإذن بالتجارة فلا يملكها.[٤]

اعتراض:

يعترض على سبق بأن اعتبار الإقالة فسخا أمر خلافي غير متفق عليه، فلا يصح الإحتجاج به على المخالف، وعلى فرض التسليم باعتبار الإقالة فسخا، فذلك لا يعني أنها لا تدخل في الأعمال التجارية التي يمارسها التجار.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القـول الأول** الذي أجاز للشريك الإقالة بمطلق العقد دون إذن شريكه وخاصة إذا رأى المصلحة في ذلك، وسواء في ذلك فيما وليه هو أو شريكه، وسواء أقال هو أو قبل إقالة غيره، وذلك لما استدل به الفريق الأول، والله تعالى أعلم.

المطلب الخامس: تصرّف الشريك بيعا وشراء مع أشخاص معينين:

إن الأصل في الشركة المطلقة أنه يجوز للشريك أن يتعامل ويتجر مع سائر الناس عموما، إلا أنه قد وقع الاختلاف بين الفقهاء في جواز تعامل الشريك مع بعض أشخاص؛ كأن يتعامل الشريك بيعا وشراء مع من ترد شهادته له كالأصول والفروع والزوج، أو يتعامل مع شريكه بأن يشتري منه شيئا من مال الشركة، ويمكن بحث ذلك في المحورين التاليين:

---

١ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. التنوخي، الممتع، ٣٨٦/٣.

٢ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧–١٣١. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢–٢٦١. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥–٩. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣

٣ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦.

٤ – انظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

الفرع الأول: التصرّف بيعا وشراء مع من ترد شهادته له:

إذا تعامل الشريك بيعا أو شراء مع من لا تقبل شهادته له كوالديه وولده وزوجه (أصوله وفروعه)، كأن باع شيئا من مال الشركة لهم أو اشترى منهم شيئا للشركة، فهل يجوز هذا التصرّف من الشريك؟ يفترق الأمر هنا بين كون الشريك شريكا في شركة المفاوضة أو في شركة العنان:

(أ) **شركة المفاوضة:**

ذهب **الحنفية** إلى أن تعامل شريك المفاوضة مع من ترد شهادته له بيعا وشراء صحيح ونافذ.[١]

وجه الرأي السابق:

لأنه لا تأثير هنا لتهمة المحاباة، لأن المتفاوضين كشخص واحد.[٢]

(ب) **شركة العنان:**

أما بالنسبة لحكم تعامل شريك العنان مع من ترد شهادته له بيعا وشراء فلم أجد ــ فيما اطلعت عليه ــ من الفقهاء ولا من المذاهب من تناول هذا الموضوع لا من قريب ولا من بعيد، وإن كان فقهاء **الحنفية** تناولوا بالبحث تعامل شريك المفاوضة والمضارب[٣] والوكيل[٤] مع من ترد شهادته له بيعا وشراء وصرحوا بحكم كل منهم في ذلك، إلا أنهم لم يذكروا شيئا لا تصريحا ولا تلميحا عن شريك العنان في هذا الصدد.

وعند النظر فيما ورد من كلام في شريك المفاوضة والمضارب والوكيل، نجد أن شريك العنان أقرب ما يكون إلى حكم المضارب في هذا الشأن، لكون كل منهما شريكا في الربح ومتصرّفا في المال بإذن، ويزيد الشريك على المضارب بكونه شريكا في الأصل فكان أقوى جانبا منه، وبالتالي فينبغي أن ينسحب حكم المضارب عليه في هذا الشأن، وعليه فإن كان تعامل الشريك مع من ترد شهادته له بمثل القيمة أو بأكثر منها في البيع أو بأقل منها في الشراء جاز ذلك له

---

١ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦.

٢ – الموسوعة الفقهية الكويتية، ٧١/٢٦.

٣ – انظر رأي **الحنفية** في حكم تعامل المضارب مع من ترد شهادته له صفحة (٢٠٠– ٢٠٣) من هذه الدراسة.

٤ – حيث ذكرت كتب **الحنفية** أن للوكيل إذا عقد مع من ترد شهادته له بمثل القيمة فلا يجوز **في رواية** عن أبي حنيفة للتهمة، ويجوز ذلك عند أبي يوسف ومحمد، ورواية عن أبي حنيفة، أما إذا تعامل بأكثر من القيمة في البيع فيجوز اتفاقا، وإذا عقد معهم بغبن فاحش فلا يجوز اتفاقا للتهمة، وإذا عقد معهم بغبن يسير فلا يجوز عند أبي حنيفة للتهمة، ويجوز عند أبي يوسف ومحمد. انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٤/٥–٢٧٦. الحصكفي، الدر المختار، ٢٢٨/٨.

ونفذ، لانتفاء التهمة وشبهة المحاباة عنه عندئذ، وأما إذا كان تعامله معهم بغبن فاحش فلا يجوز ذلك له لظهور التهمة وشبهة المحاباة بشكل واضح، أما إذا كان تعامله معهم بغبن يسير مما يتغابن الناس به فلا يجوز له ذلك أيضا بناء على ما قررناه من **الرأي المختار** في باب المضاربة، لأنه وإن كان الغبن اليسير معفوا عنه ولا تأثير له في التعامل بين الشريك والأجنبي، تغليبا لاحتمال خفاء ذلك عليه، لانتفاء سبب موجب للتهمة بالمحاباة بينهما، إلا أن وقوعه في التعامل بين الشريك وبين من ترد شهادته له مع وجود سبب موجب للتهمة وداع للمحاباة يحمل على أن ذلك وقع منه على وجه المحاباة لهم والميل إليهم وإيثارهم، وعليه فإن خالف فتعامل معهم بالغبن الفاحش أو اليسير لم يلزم ذلك شريكه ونفذ في نصيبه وحده، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: شراء الشريك من شريكه شيئا من مال الشركة لنفسه:

إذا اشترى أحد الشريكين من شريكه شيئا من مال الشركة لنفسه، فهل يجوز ذلك التصرّف من الشريك؟ يفترق الأمر بين كون الشريك شريكا في شركة المفاوضة أو شريكا في شركة العنان:

(أ) شركة المفاوضة:

ذهب **الحنفية** إلى أنه إذا اشترى أحد شريكي المفاوضة من شريكه شيئا من مال الشركة، فإما أن يكون ذلك لحاجته الشخصية والخاصة أو للتجارة: [(١)]

١) إن كان اشترى من شريكه شيئا من مال الشركة لحاجته الشخصية ــ كثوب لكسوته أو طعام لقوت أهله ــ جاز ذلك، ويلزمه وحده الثمن ويكون نصف الثمن له ونصفه لشريكه، كما لو باعه من أجنبي آخر.

وجه ذلك: لأن هذا بيع مفيد، فإن ذلك الشيء المشترى قبل هذا البيع كان مشتركا بينهما، أما بعد هذا البيع فيختص المشتري بملكه فلا يقع مشتركا بينهما كما كان قبل، فإنه لو اشترى ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه، وكذلك إذا اشتراه من صاحبه، والشراء إذا كان مفيدا كان صحيحا، كالمولى إذا اشترى شيئا من كسب عبده المأذون المدين لنفسه، أو ربّ المال إذا اشترى شيئا من مال المضاربة من المضارب كان صحيحا، فكذلك هنا.

٢) إن كان اشترى من شريكه شيئا من مال الشركة لأجل التجارة فلا يجوز، ويكون البيع باطلا عندئذ.

وجه ذلك: لأن هذا العقد غير مفيد، فإن العين قبل هذا العقد من شركتهما، وبعده كذلك، إذ لو صح لعادت العين مشتركة بينهما كما كانت فلا فائدة، والعقد إذا لم يكن مفيدا كان

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١١/ ٢١٢. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٣/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٨٤/٥.

باطلا، لأن العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة، فإذا خلت منها كانت لغوا، واللغو لا يكون مشروعا.

(ب) شركة العنان:

إذا اشترى أحد شريكي العنان من شريكه شيئا من مال الشركة لنفسه فإما أن يشتري نصيب شريكه فقط من ذلك الشيء وإما أن يشتري جميع ذلك الشيء بما فيه حصته وحصة شريكه:

١) إذا اشترى الشريك لنفسه نصيب شريكه وحصته من شيء من مال الشركة فلا خلاف في جواز ذلك.(١)

وجه الاتفاق:

لأنه ملك لغيره فصح شراؤه كالأجنبي، فكان أشبه ما لو لم يكن بائعه شريكا.(٢)

٢) إذا اشترى الشريك لنفسه شيء من مال الشركة ــ أي حصته وحصة شريكه فيه ــ فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على ثلاثة أقوال، ويعود سبب اختلافهم الى أن ذلك يؤدي إلى شراء المرء ملك نفسه:

القول الأول: يجوز الشراء مطلقا سواء في نصيبه أو نصيب شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية في قول**(٣) **والمالكية** (٤)، وهو احتمال عند **الحنابلة**.(٥)

القول الثاني: لا يجوز ذلك مطلقا سواء في نصيبه أو نصيب شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية في قول**(٦) **والحنابلة في وجه**.(٧)

القول الثالث: لا يجوز الشراء في نصيب نفسه ويجوز في نصيب شريكه.

---

١ – المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٨/٣. محمد بن سليمان الكوفي، المنتخب، ص١٩٦.

٢ – انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢.التنوخي، الممتع، ٤٠٣/٣. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧.

٣ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦. وهو ما اختاره ابن عابدين.

٤ – القرافي، الذخيرة، ٦٤/٨.

٥ – ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥.

٦ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢.

وإليه ذهب **الحنفية في قول**[١] **والحنابلة في الصحيح** والمذهب[٢] **والجعفرية.**[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأنه في الحقيقة اشترى نصيب شريكه بالحصة من الثمن المسمى وإن أوقع الشراء في الصورة على الكل.[٤]

٢. بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه.[٥]

اعتراض:

لا يسلم بما سبق، بل الشراء صورة ومضمونا واقعا على نصيبه ونصيب شريكه، كما أن الاستدلال بشراء رب المال من مال المضاربة لا يصلح دليلا، لوقوع الاختلاف فيه أصلا فلا يستدل بمختلف فيه على مختلف فيه أصلا.

أدلة القول الثاني:

١. لكونه اشترى ما يملك بعضه، وليس للإنسان أن يشتري ملكه.[٦]

٢. بناء على القول بعدم جواز تفريق الصفقة.[٧]

أدلة القول الثالث:

وإنما لم يجز له الشراء في نصيبه لأنه ملكه ولا يصح شراء الإنسان مال نفسه [٨]، في حين

---

١ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦. السرخسي، المبسوط، ١٢٧/٢٢.

٢ – المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٨/٣.

٣ – الحلي، قواعد الأحكام، ١٤٦/٨. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٧/٨.

٤ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦.

٥ – ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. التنوخي، الممتع، ٤٠٤/٣.

٦ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٠/٦.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. التنوخي، الممتع، ٤٠٣/٣.

٨ – انظر: التنوخي، الممتع، ٤٠٣/٣. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٧/٨. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢.

جاز في نصيب شريكه بناء على القول بجواز تفريق الصفقة.(١)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثالث** حيث لا يجوز الشراء في نصيب نفسه لما استدل به أصحاب هذا القول، والله تعالى أعلم .

المطلب السادس: تصرّف الشريك بالاستئجار للشركة:

ويمكن بحث موضوع تصرّف الشريك بالاستئجار للشركة في المحورين التاليين:

الفرع الأول: حكم تصرّف الشريك بالاستئجار للشركة:

إذا أراد الشريك الاستئجار للشركة فلذلك حالتين هما محل توافق بين الفقهاء:

الحالة الاولى: أن يكون محل الاستئجار مما جرت عادة التجار بالاستئجار فيه وعدم تولي التاجر ذلك بنفسه:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للشريك بمطلق العقد أن يستأجر للشركة ما جرت عادة التجار بالاستئجار والاستنابة فيه، دون حاجة في ذلك إلى تفويض أو إذن صريح من شريكه، فللشريك أن يستأجر من العمال والأجراء والموظفين من يعينه في تجارته ويقوم بأعمال في الشركة والتجارة لم تجر عادة التجار وعرفهم بأن يتولاها الشريك بنفسه بالاستئجار عليه كحمل الآمتعة والبضائع ونقلها ووزنها وحفظها والنداء عليها ونحوه (٢)،كما أن له أن يستأجر المخازن لحفظ البضاعة، ويستأجر المكاتب والدكاكين لعرضها وبيعها، ويستأجر وسائل النقل كالدواب والسيارات والسفن والطائرات لنقلها، ويستأجر الآلات والأدوات اللازمة لتنميتها وغير ذلك ويكون أجرة ذلك كله في مال المضاربة.

وجه الاتفاق:

١. لأن المنافع عند ورود العقد عليها تجري مجرى الأعيان، فكان الاستئجار بمنزلة الشراء،

---

١ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣.ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٨/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٤٠/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. التنوخي، الممتع، ٤٠٣/٣.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٢/٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. الحطّاب، مواهب الجليل، ٨٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥، ١٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣، ٥٠٨. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢، ٣٢٤. المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥، ٤٢٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣، ٥٠٣. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٩/٣، ٣٩٠. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨.

وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار.[١]

٢. لأن إطلاق العقد منزل على المعتاد المتعارف في التجارة، والاستئجار معتاد بين التجار[٢]، فإن العادة لم تجر بفعل الشريك ذلك بنفسه، ولا بد من فعله، لأن الحاجة تدعو إليه فجاز له ذلك.[٣]

٣. لأن الاستئجار من ضرورات التجارة، إذ إنه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بدا منه.[٤]

الحالة الثانية: أن يكون محل الاستئجار مما لم تجر عادة التجار بالاستئجار فيه بل يتولاها التاجر بنفسه:

أما ما جرت فيه عادة التجار في أموالهم بأن يتولاها التاجر بنفسه ولا يستأجر عليها كنشر الثوب وطيه وعرضه على مشتر ومساومة وعقد بيع معه وأخذ ثمنه وختم كيس وإحراز لمالها وقبض نقد ونحو ذلك، فلا خلاف في أنه ليس للشريك أن يستأجر من يقوم بها عنه، بل يلزمه القيام بها بنفسه، ولا أجرة له مقابل ذلك، فإن استأجر على شيء من ذلك كانت أجرته عليه وحده في ماله دون شريكه، لأنه بذلها عوضا عما يلزمه، فكما أن العمل عليه فكذلك بدله.[٥]

وجه الاتفاق:

لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، وهو يقتضي أن مثل هذه الأمور يتولاها بنفسه.[٦]

فالضابط هنا عند الفقهاء أن ما جرت عادة التجار وعرفهم بالاستئجار عليها وعدم توليه بنفسه جاز لشريك الاستئجار عندئذ، وما لا فلا.

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥–٩٤. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢.

٢ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣.

٣ – التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣.

٤ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥.

٥ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣.

٦ – ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. وانظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٩/٣.

الفرع الثاني: المسائل المتعلقة بتصرّف الشريك بالاستئجار للشركة:

ويتفرع عن موضوع تصرّف الشريك بالاستئجار للشركة المسألتان التاليتان:

أولا: استئجار الشريك نفسه للشركة:

إذا قام الشريك بعمل ما لا يلزمه عمله ولا يتولاه بنفسه عادة وهو من مصلحة الشركة بدون استئجار شريكه له، فإن كان عمل ذلك متبرعا لم يستحق أجرة[١]، وإن كان عمله على قصد الرجوع بالأجرة، فقد اختلف الفقهاء فيما هل يستحق أجرة على عمله أم لا؟ على قولين، ويرجع سبب اختلافهم إلى كون الشريك استأجر نفسه للعمل في مال يملك بعضه، فيكون عاملا في مال نفسه بأجرة:

القول الأول: لا يستحق الشريك أجرة على عمله إذا فعله بلا استئجار شريكه له،ولا يرجع به في مال الشركة، وكان عمله تطوعا ومتبرعا به.

وإليه ذهب **الحنفية** فيما يظهر[٢] **والحنابلة في الصحيح** وهو المذهب عندهم.[٣]

إلا أن الشريك إذا اشترط أخذ الأجرة على عمله استحقها عند **الحنابلة** بهذا الشرط.[٤]

القول الثاني: يستحق الشريك أجرة على عمله.

وإليه ذهب **المالكية** فيما يظهر[٥] **والشافعية**[٦] **والحنابلة في رواية.**[٧]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأنه عمل في مال غيره عملا لم يُجْعَل له في مقابلته شيء، فكان ذلك تبرعاً منه بما لا

---

١ – التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٥٢/٢٢.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٢٣/٥. التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣.

٤ – انظر: ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٢٣/٥.

٥ – المواق، التاج والإكليل، ١٠٢/٧.

٦ – النووي، روضة الطالبين، ١٧٧/٥.

٧ – ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٢٣/٥. ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧.

يلزمه فلم يستحق شيئا كالأجنبي وكالمرأة التي تستحق خادما إذا خدمت نفسها.[١]

٢. لأن الشريك يعمل لنفسه في مال نفسه فلا يستوجب الأجر بهذا العمل.[٢]

اعتراض:

١. يعترض على دعوى أنه عمل في مال غيره...، بأنها دعوى لا يسلّم بها ، بل هو عمل في مال مشترك بينه وبين غيره، كُلّف بالتصرف فيه بما يحقق تنميته وتثميره، وقد استلزم تنميته الاستئجار عليه فعمله، فيه لا يعد تبرعا منه فيستحق الأجرة.

٢. كما يعترض على دعوى أنه عامل في مال نفسه لا يسلّم بها، بل هو عامل في مال مشترك، كما أن قيامه بذلك ليس مما جرت العادة أن يتولاها التجار.

أدلة القول الثاني:

لأنه فعل ما لا بد من فعله فاستحق الأجرة كما لو دفعه إلى أجنبي يفعله.[٣]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** حيث يستحق الشريك أجرة عمله الذي لم تجر العادة بتوليه إذا قام به على نية الرجوع بأجرته في مال الشركة، إلا أنه ينبغي ألا يُجاوز بأجرة الشريك أجرة المثل حتى لا يكون هناك مدخلا إلى المحاباة لنفسه أو حيلة إلى أن يأخذ أكثر مما اشترط له في عقد الشركة، كما ينبغي أيضا ألا يؤدي قيامه بالعمل المستأجر عليه إلى التقصير في عمله الأصلي في تنمية مال الشركة، **ووجه ذلك:** لأنه قام بعمل تحتاجه الشركة فاستحق أجرته، فلو لم يقم به لاضطر إلى استئجار غيره بأجرة للقيام به، فكذلك لو قام بذلك بنفسه، بل إن من مصلحة الشركة أن يقوم الشريك نفسه بذلك العمل إن كان ممن يتقنه، وهو أولى من غيره ويقدّم عليه، وذلك لشفقته وشدة حرصه واهتمامه بمال الشركة لكونه مالكا لجزء من المال، مما يدعوه ذلك إلى إتقان العمل على الوجه المطلوب، بخلاف الأجنبي الذي قد يهمل أو يفرط في القيام بالعمل وحفظه من الضياع أو يؤدي العمل ناقصا على غير الوجه المطلوب، لكون المال ليس ماله، كما أنه لا محذور يخشى منه بسبب قيام الشريك بهذا العمل واستحقاقه للأجرة في مقابلته، وبخاصة إذا شرطنا عدم مجاوزة أجرة المثل في ذلك دفعا للتهمة وشبهة

---

١ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢–٢–٣٢٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٥٢/٢٢.

٣ – انظر: التنوخي، الممتع، ٣٩٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.

المحاباة لنفسه، أما دعوى أنه عمل في مال غيره عملا لم يُجْعَل له في مقابلته شيء، فكان ذلك تبرعاً منه، هي دعوى منتفية هنا، لأن هذا عمل ليس عارٍ عن البدل، بل هو في الحقيقة عمل يقابله بدل أو عوض (أجرة) بمقتضى عقد الشركة والعرف؛ فحاجة الشركة ومصلحته تقتضي بأن يقوم أحد به بأجرة سواء كان شريكا أو غير شريك، كما أن العرف جرى بالاستئجار في مثل ذلك العمل فاقتضى استحقاق من يقوم به للأجرة في مقابلته سواء قام به الشريك أو غيره، والله تعالى أعلم.

ثانيا: استئجار الشريك شريكه للشركة:

إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لعمل من أعمال الشركة مما لا يلزمه عمله ولا يتولاه بنفسه عادة وهو من مصلحة الشركة كنقل المتاع مثلا، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين، ويرجع سبب اختلافهم إلى كون استئجار الشريك كائن في مال يملك بعضه ، فيكون عاملا في مال نفسه بأجرة:

القول الأول: يجوز للشريك أن يستأجر شريكه للقيام بعمل للشركة بأجرة.

وإليه ذهب **المالكية** فيما يظهر[١] **والحنابلة في رواية** وعليه أكثرهم.[٢]

القول الثاني: لا يجوز للشريك أن يستأجر شريكه لعمل للشركة، وعليه فإذا عمل فلا يستحق الأجرة على عمله.

وإليه ذهب **الحنفية** فيما يظهر[٣] **والحنابلة في رواية**.[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأنه كما يجوز استئجار الأجنبي لعمل الشركة فكذلك يجوز استئجار الشريك.[٥]

٢. لأنه يجوز لأحد الشريكين الاستئجار لبعض الأعمال في المال المشترك، وقد سُلّم جواز

---

١ – المواق، التاج والإكليل، ١٠٢/٧.

٢ – ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. ابن مفلح، الفروع، ١١٠/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٢٣/٥. ابن قدامة، المغني، ١٦٨/٧. قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٦/٣.

٣ – السرخسي، المبسوط، ١٥٢/٢٢.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٦٨/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٢٣/٥. قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. ابن مفلح، الفروع، ١١٠/٧. ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٦/٣.

٥ – البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣. بتصرّف.

استئجار نحو غرائر[١] الشريك الآخر لنقله فيها أو داره لخزنه فيها، فليسُلّم جواز استئجار الشريك بنفسه.[٢]

اعتراض:

وقد اعترض على قياس استئجار الشريك لشريكه على استئجار الشريك لدار شريكه وغرائره، بأن الدور والغرائر لا يعتبر فيها إيقاع العمل، وإنما يجب وضع العين في الدار، فيمكن تسليم المعقود عليه بخلاف استئجار الشريك بنفسه حيث لا يجوز، لعدم إمكان إيقاع العمل فيه لعدم تمييز نصيبهما.[٣]

أدلة القول الثاني:

لأنه لا يمكن إيقاع العمل في المشترك لعدم تميز نصيب أحدهما من الآخر[٤]، وبالتالي يكون الشريك يعمل لنفسه في مال نفسه فلا يستوجب الأجر بهذا العمل.[٥]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث يجوز للشريك أن يستأجر شريكه للقيام بعمل من أعمال الشركة ويستحق بذلك أجرة عمله، ولكن ينبغي ألا يتُجاوز بأجرة الشريك هنا أجرة المثل حتى لا يكون هناك مدخلا إلى المحاباة أو حيلة إلى أن يأخذ أكثر مما اشترط له في عقد الشركة، كما ينبغي أيضا ألا يؤدي قيامه بالعمل المستأجر عليه إلى التقصير في عمله الأصلي في تنمية مال الشركة، **ووجه ذلك:** أن استئجار الشريك لعمل الشركة أقرب إلى تحقيق مصلحة الشركة من استئجار الأجنبي، لكونه أشفق وأشد حرصا واهتماما بالمال من الأجنبي لكونه يملك نصيبا في المال، مما يدعوه ذلك إلى إتقان العمل على الوجه المطلوب، بخلاف الأجنبي الذي قد يهمل أو يفرط في القيام بالعمل وحفظه من الضياع أو يؤدي العمل ناقصا على غير الوجه المطلوب، لكون المال ليس ماله، والاستئجار ضرورة للشركة ولو لم يستأجر

---

١ – الغرائر هي جمع غرارة بكسر الغين، وهي: وعاء من صوف أو شعر لنقل التبن وما أشبهه. انظر: النسفي، عمر بن محمد، طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية، ط١، تحقيق خالد العك، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م، ٢٣٨/١.

٢ – ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٦/٣. وانظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٣/٣.

٣ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٦٨/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢.ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٦/٣.

٤ – ابن مفلح، المبدع، ١٤/٥. ابن قدامة، المغني، ١٦٨/٧.ابن مفلح، الفروع، ١١٠/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٢٣/٥. ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٦/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢.

٥ – السرخسي، المبسوط، ١٥٢/٢٢.

الشريك شريكه لاضطر لاستئجار أجنبي، وبالتالي فالشريك أولى لما ذكرنا، كما أنه لا محذور يخشى منه بسبب استئجار الشريك لشريكه للقيام بهذا العمل واستحقاقه للأجـرة فـي مقابلتـه وبخاصة بعد مراعاة ما ذكرناه من شروط، والله تعالى أعلم.

المطلب السابع: تصرّف الشريك بالاستدانة (الاقتراض):[١]

والاستدانة إما أن تكون استدانة لعرض وهذا ما يعرف بالشراء بالنسيئة وقد سبق الكلام فيه[٢]، وإما أن تكون استدانة لنقد وهو ما يعرف بالاقتراض وفيه يجري البحث هنا، وتصرّف الشريك بالاقتراض أو استدانة النقد للشركة يختلف حكمه كونه في شركة المفاوضة أو في شركة العنان:

١) **شركة المفاوضة:**

ذهب **الحنفية** إلى أن الشريك في شركة المفاوضة يملك الاقتراض واستدانة النقود على الشركة بمطلق العقد بدون إذن شريكه، وأن الدين الذي لزم أحد شريكي المفاوضة بالاستقراض يلـزم الآخر.[٣]

وجه الرأي السابق:

ولعل رأي **الحنفية** السابق ينبثق من نظرتهم التي ينظرون بها إلى كل مـن شـريكي شـركة المفاوضة، حيث أنهم يعتبرون أن شريكي المفاوضة قد صارا بعقد المفاوضة بمنزلـة شـخص واحد في حقوق التجارة وديونها، وفعل أحدهما ومباشرته في ذلك كفعلهما ومباشرتهما معا، فكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب له أو عليه بسبب هو من صنيع التجار وجنس التجارة،

---

١ – الاستدانة لفظ عام أطلقه الفقهاء في باب الـشركة والمـضاربة علـى معنيـين أو صـورتين: الـصورة الأولى:الشراء بأكثر من المال دينا في الذمة أو الشراء بثمن ليس معه من جنسه، أما إن اشترى بثمن فـي يده من جنسه لم يكن استدانة وهذه الصورة هي التي صرح بها أكثر الفقهاء وتناولها عنـد الحـديث عـن الاستدانة، وهي خاصة في استدانة العروض بطريق الشراء نسيئة، والصورة الثانية: الاستقراض أي طلب القرض وهو خاص في استدانة النقود. انظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٠/٢٢. محمد أفندي، قـرة عيـون الأخيار، ٣٢١/٢، ٣٢٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥، ١٢٦. ابن عابدين، رد المحتـار، ٣٧٨/٨–٣٧٩. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٨/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. ابـن مفلـح، المبـدع، ١٢/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣–٥٠٨.البهوتي، كـشاف القنـاع، ٥٠٢/٣. المـرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥. الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص٥٧، ٥٨–٥٩. الموسوعة الفقهية الكويتيـة، ٢٦٢/٣. أبو يحيى، محمد حسن، الاستدانة في الفقه الإسلامي، ط١، جامعة الأزهر، ١٤١٠هـ–١٩٩٠م ، ص٣٥، ٢٣٨.

٢ – انظر حكم تصرف الشريك بالشراء نسيئة صفحة(٥٣– ٥٩) من هذه الدراسة.

٣ – الحصكفي،الدر المختار، ٣٧٣/٦–٣٧٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٣/٦.

ويكون كفيلاً عن الآخر بما يلزمه بجهة التجارة ويطالب بما وجب على صاحبه وبمـــا باشـــره وتوجه المطالبة نحوهما جميعا بحكم الكفالة، فعقد المفاوضة عند **الحنفية** يقتضي الوكالة العامة والكفالة العامة لكل منهما عن صاحبه في ديون التجارة وصنيع التجار ويتضمن إذن كل منهما للآخر بذلك، والاقتراض من باب التجارة وصنيع التجار وهو أحد أسباب وجوب الـــدين فـــي التجارة، ومباشرة أحدهما سبب وجوب الدين كمباشرتهما معا، ووجوده من أحـــدهما كوجـــوده منهما، وعليه فإذا باشر أحدهما الاقتراض للشركة وقع ذلك له ولصاحبه وتوجه المطالبة نحوهما جميعا بحكم الكفالة لما بينا، والله تعالى أعلم.[(١)]

٢) <u>شركة العنان:</u>

أما الشريك في شركة العنان فقد اختلف الفقهاء في جواز اقتراضه واستدانته للنقود علـــى مـــال الشركة، وهل يملك ذلك بمطلق العقد؟ أم لا بد لجواز ذلك من إذن شريكه؟ على ثلاثة أقـــوال، ويرجع سبب الاختلاف بينهم إلى اختلاف نظرتهم إلى طبيعة الاقتراض بين اعتبـــاره تجـــارة ومبادلة معنى وبين اعتباره توكيلا بالتكدي والتسول وبين اعتباره معاملة لا تدخل في اعمـــال التجارة تحتاج إلى إذن لاشتمالها على ضرر بشريكه:

<u>القـــول الأول:</u> يجوز للشريك الاقتراض واستدانة النقود على مال الشركة بمطلـــق العقـــد، دون حاجة إلى إذن من شريكه، فلو استقرض أحد الشريكين مالا للشركة لزمهما معـــا ووقـــع ذلـــك للشركة.

وإليه ذهب **الحنفية في قول**[(٢)] **والحنابلة في قول.**[(٣)]

<u>القول الثاني:</u> لا يجوز للشريك الاقتراض واستدانة النقد على مال الشركة مطلقا ولو بـــصريح الإذن له بذلك، فإن استقرض الشريك نقودا للشركة ولو مع إذن شريكه له بذلك فإنه يلزمه وحده خاصة دون شريكه، ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه.

وإليه ذهب **الحنفية في الصحيح.**[(٤)]

---

١ – انظـــــر: السرخـــــسي، المبـــــسوط، ١١/١٩٠،١٨٣،١٨٢،١٨١، ٢٠١، ٢١١. ١٧/١٩٤، ١٩٥. ١٨/١١٢.الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٩٨،٨٠. البابرتي، العناية، ٦/١٦٠. بتصرّف في الجميع.

٢ – ابن عابدين، رد المحتار، ٦/٣٩٨. ابن نجيم، البحر الرائق، ٥/١٩٣. وهذا القول هو الذي اختارته مجلـــة الأحكام العدلية. انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٣/٤٢٩.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٥/٤١٩. ابن قدامة، المغني، ٧/١٢٨. ابن مفلح، المبدع، ٥/١٢.

٤ – ابن عابدين، رد المحتار، ٦/٣٩٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣٢٢. ابن نجيم، البحر الرائـــق، ٥/١٩٣.

القول الثالث: لا يجوز للشريك الاقتراض على مال الشركة إلا بإذن شريكه، فإن أذن له بذلك جاز ووقع ذلك للشركة ولزمهما القرض معا وربحه لهما، وإن لم يأذن له بذلك وقع ذلك له خاصة ولزمه وحده دون شريكه، واختص بملكه وربحه وضمانه، لأنه لم يقع للشركة.

وإليه ذهب **الحنابلة في المذهب** المنصوص وعليه جماهيرهم.[١]

وعليه فقد اختلف هذا الفريق في طبيعة الإذن اللازم لجواز تصرّف الشريك بالاستدانة والاقتراض للشركة، فاكتفى أكثرهم لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) فلو قال له: " اعمل برأيك " ورآه مصلحة جاز له ذلك لدلالة الإذن عليه لكونها من متعلقات التجارة وشؤونها، في حين اشترط بعضهم لذلك الإذن الخاص (التصريح)، فإذا كان الإذن عاما فلا يجوز عندهم الاقتراض والاستدانة للشركة.[٢]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى فهو تمليك مال بمال، لأنه يُمَلِّكُ المُسْتَقْرِضَ ويلزمه ردَّ مثله فشابه الْمُصَارَفَة (الصرف) أو الاستعارة , وأيهما كان نفذ على صاحبه.[٣]

اعتراض:

اعترض على قياس الاستقراض على الصرف بأن الاستقراض يفارق الصرف، لأن الصرف بيع وإبدال عين بعين فهو كبيع الثياب بالدراهم.[٤]

أدلة القول الثاني:

لأن الأمر والتوكيل بالاستقراض باطل، إذ إنه لو أمر رجلا أن يستقرض له ألفا من فلان فاستقرضها كما أمره، كان الألف للمستقرض دون الآمر، وهذا لأن القرض مضمون بالمثل في ذمة المستقرض، وإذا كان البدل في ذمته كان المستقرض مملوكا له، وهو غير محتاج في ذلك إلى أمر الآمر، وما كان الأمر بالاستقراض إلا نظير الأمر والتوكيل بالتكدي، إذ إن

---

١ - المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣-٥٠٨. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٢/٥. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧.

٢ - المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣-٥٠٨. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٣ - انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩٨/٦. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧-١٢٩. ابن مفلح، المبدع، ١٢/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥.

٤ - ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٢/٥.

الاستقراض تبرع ابتداء فكان في معنى التكدي أي الشحاذة وهو باطل وما يحصل للمتكـــدي يكون له دون الآمر،، إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك ألف درهم فحينئذ يكون المال على الموكل لا على الوكيل، لأنه يكون حينئذ رسولا لا وكيلا والمستقرض هــو المرسل، وما دام التوكيل بالاستقراض باطلا صار الإذن وعدمه سواء.(١)

اعتراض:

اعترض على قياس منع التوكيل بالاستقراض على منع التوكيل بالتكدي (الشحاذة) بأنه قياس مع الفارق، وذلك لأن التوكيل بالاستقراض في الحقيقة ليس توكيلا بالشحاذة، وإنما توكيل بـــشيء يجب رد عينه إن كان باقيا أو رد قيمته إن استهلك، وأما التوكيل بالشحاذة إنما هو توكيل بشيء لا يلزم رده فافترقا، كما أنه لما جاز الاستقراض عن طرق الرسالة كما ذكروا فكذلك عن طرق الوكالة، إذ لو كان التوكيل بالاستقراض شحاذة فكذلك الاستقراض بالرسالة.(٢)

أدلة القول الثالث:

١. لأنه بذلك أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضـــم إليها ألفا من ماله.(٣)
٢. لأن الاقتراض مبادلة مال بمال.(٤)
٣. لأن الحاجة كما تدعو إلى الشراء نسيئة على الشركة تـــدعو كـــذلك إلـــى الاســـتقراض عليها.(٥)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثالث** ، فإن أذن له بذلك ورأى المصلحة جاز وقع ذلك للشركة ولزمهما القرض معا في ذمتهما بنسبة ما شرط لكل منهما في عقد الـــشركة، ويكـــون ضمانه عليهما وربحه لهما على أساس تلك النسبة، ويضم هذا إلى رأس مـــال الـــشركة الأول ليكون الجميع رأس مال للشركة، والمقرض بالخيار في الرجوع على أي الشريكين شـــاء، لأن

١ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩٨/٦، ٣٧٩/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٢/٢. السرخسي، المبسوط، ١٨٠/٢٢. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥.

٢ – أبو يحيى، الاستدانة في الفقه الإسلامي، ص٢٣٨.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. وانظر: ابن قدامة، الكـــافي، ٢٦١/٢. البهـــوتي، شـــرح منتهـــى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٤ – أبو يحيى، الاستدانة في الفقه الإسلامي، ص٢٣٧.

٥ – أبو يحيى، الاستدانة في الفقه الإسلامي، ص٢٣٧.

حقوق العقد ترجع إلى كل من الشريكين، سواء في ذلك الذي تولى العقد أو الذي لم يتـولاه ـــ بناء على **الرأي المختار** ـــ لكونه أصيل في جزء ووكيل في الجزء الآخر، فـإن رجـع علـى أحدهما رجع هو بدوره على شريكه بما ينوبه من ذلك، والذي أميل إليه أنه يشترط فـي الإذن المجيز لذلك التصرّف أن يكون صريحا وخاصا، ولا يكفي فيه الإذن العام، كما ينبغي أيضا عند الإذن أن يحدد الشريك لشريكه مقدارا أو سقفا أعلى للمبلغ المراد اقتراضه، وذلك لأنه قد يـأذن له بالاقتراض ولكنه لا يرضى بأن يقترض عليه مبلغا كبيرا يرى فيه مشقة عليه وتكليفا له بما لا يطيق، فإذا لم يحدد له شريكه عند الإذن مقدار ذلك جاز لوجود الإذن بالاقتراض، وينظر فإن كان فيه عرف جار عمل به وإلا راعى في ذلك المصلحة وقدرة شريكه المالية، فإن بـالغ فـي الاقتراض كان ما زاد عن الحد المأذون أو المعتاد في ذمته وحده دون شريكه له ربحه وعليـه خسارته وضمانه.

أما إذا لم يأذن له شريكه إذنا صريحا، فلا يجوز له الاقتراض، فإن خالف فاقترض للشركة بغير إذن وقع ذلك له خاصة ولزمه وحده دون شريكه، واختص بملكه وربحه وضمانه، لأنه لم يقـع للشركة، ويرجع المقرض عليه لا على شريكه، لأنه بفعله ذلك بغير إذن يكون متعد.

و**وجه الرأي المختار** ما يلي:

١. لأن اقتراض الشريك للشركة بغير إذن يتضمن إيجاب مال زائد في ذمة شريكه مقابـل بدل حال دون رضاه، وهذا إضرار ظاهر به، إذ ليس للشخص أن يوجب حقا في ذمـة غيره بغير رضاه أو إذنه، ولأن شريكه عند عقد الشركة على جزء محدد من ماله قـد يضع في حسبانه قبول وقوع الخسارة أو التلف في ذلك الجزء من ماله الذي عقدت عليه الشركة ويرضى بالخسارة في نطاقه دون سائر ماله، وبـالاقتراض يتجـاوز احتمـال الخسارة والتلف ذلك الجزء إلى بقية أمواله، وذلك ضرر لا يجوز بالشريك، لأنـه لـم يرضى بوقوع الخسارة في غير ذلك الجزء من ماله.

٢. لأن اقتراض الشريك للشركة بغير إذن شريكه يزيد حجم رأس مال الشركة ومقـداره، ويتجاوز به الحد المتفق عليه عند إبرام عقد الشركة، فيصير مال الشركة حينئذ أكثـر مما رضي شريكه بالمشاركة فيه، فالشركة إنما عقدت على رأس المال المعلوم القـدر، فلا يجوز الزيادة فيه إلا برضى شريكه، كما أن هذا من ناحية أخرى يعتبر إنفرادا من قبل أحد العاقدين بتغيير بند من بنود عقد الشركة من غير الرجوع إلى الطرف الآخـر وأخذ رأيه في ذلك وهو لا يجوز.

٣. وإنما جاز الاقتراض بإذن شريكه لأن فيه مصلحة للشركة كما أن الحاجة تـدعو إليـه

لتسيير أمور التجارة، فقد يكون مال الشركة عروضا ينتظر بها الشريكان الربح، فتحتاج تلك العروض إلى الحفظ أو النقل أو الصيانة ونحو ذلك وليس في يد الشريكين من النقد ما يكفي، أو قد يجد الشريك بضاعة تباع جملة واحدة بسعر رخيص لم يعهد مثله وليس في يده نقد يكفي أو كان مال الشركة عروضا فيقترض ولا يضيع تلك الفرصة ونحو ذلك، كما أن الاقتراض نوع تجارة وفيه معنى المعاوضة إذ هو مبادلة مال بمال فكان بمنزلة الصرف، ولذلك جاز إذا وجد الإذن به من شريكه.

٤. قياسا على الشراء نسيئة، فإنه لما جاز للشريك الشراء نسيئة بإذن شريكه لكونه يحقق مصلحة للشركة والحاجة تدعو إليه ــ بناء على **الرأي المختار** ــ فكذلك يجوز له الاقتراض بإذن شريكه لأنه أيضا يحقق مصلحة للشركة والحاجة تدعو إليه، والله تعالى أعلم.

<u>المطلب الثامن: تصرّف الشريك بالإقراض من مال الشركة:</u>

إذا أراد الشريك أن يقرض من مال الشركة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك على قولين، ويعود سبب الاختلاف بينهم هنا الى اختلافهم في اعتبار هذا التصرف منطو على إضرار بمال الشركة ومنافٍ لمقصودها، أو اعتباره عارية ابتداء معاوضة انتهاء لا ضرر فيه:

<u>القول الأول:</u> لا يجوز للشريك أن يقرض من مال الشركة ولو برهن إلا بإذن من شريكه، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة[١]، **والحنابلة** وهو المذهب وعليه جماهيرهم [٢] **والجعفرية**.[٣]

وقد اشترط أصحاب هذا القول لجواز ذلك الإذن الخاص والصريح بعينه من شريكه، ولا يكفي فيه الإذن العام (التفويض)، فلو قال له شريكه: "اعمل برأيك" لم يجز له الإقراض من مال الشركة بذلك، لأن قوله اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من

---

١ – ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٥/٦،١٦٢. البابرتي، العناية، ١٦٣/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٣/٦، ٣٨٥. السرخسي، المبسوط، ١٨٠/١١. العيني، البناية، ٣٨٤/٧.

٢ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣،٥٠٠. المرداوي، الإنصاف، ٤١٤/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣، ٥٠٧.

٣ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

التجارة، فلا يملكه له.[١]

وعليه فإن خالف فأقرض من مال الشركة بغير إذن شريكه فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه، لأنه متعد في نصيب شريكه بتصرّفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة.[٢]

القول الثاني: يجوز للشريك أن يقرض من مال الشركة بغير إذن شريكه، وينفذ عليه وعلى شريكه.

وإليه ذهب أبو حنفية **في رواية**[٣] وبه قال ابن عقيل من **الحنابلة** إذا كان لمصلحة.[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الإقراض تبرع، لأنه لا عوض له في الحال فكان تبرعا في الحال، وهو لا يملك التبرع على شريكه [٥]، لأن كل واحد منهما إنما قام مقام صاحبه في التجارة في مال الشركة دون التبرع، إذ إنه لا يملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه، فالإقراض في كونه تبرعا كالصدقة أو فوقه، قال صلى الله عليه وسلم: ((الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر)) [٦] وقيل إنما جعل الثواب في القرض أكثر لأن ملتمس القرض لا يأتيك إلا محتاجا والسائل للصدقة قد يكون محتاجا وقد يكون غير محتاج.[٧]

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٨٠/١١. وانظر: الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٢/٦. العيني، البناية، ٣٨٤/٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥.

٣ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٣/٦. البابرتي، العناية، ١٦٣/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. المرغيناني، الهداية، ١٦٣/٦. العيني، البناية، ٣٨٥/٧. السرخسي، المبسوط، ١٨٠/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٤/٥

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. وانظر: ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. البابرتي، العناية، ١٦٣/٦.

٦ – رواه ابن ماجه، محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، ٨١٢/٢. قال ابن حجر العسقلاني: ليس بصحيح. انظر: ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م، ١٠٩/٣.

٧ – السرخسي، المبسوط، ١٨٠/١١.

٢. لأن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها[١]، لمنافاة الإقراض مقصود الشركة وهو طلب الربح.[٢]

أدلة القول الثاني:

لأن الإقراض إما عارية وإما معاوضة وكل منهما يملكه أحدهما.[٣]

اعتراض:

واعترض على دعوى كون الإقراض معاوضة بأن الإقراض إعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة، إذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية فعلم بهذا أنَّ لِمَا يأخذه المقرض بعد الإقراض حكم عين ما أقرضه لا حكم بدله كما في الإعارة الحقيقية، ولهذا لا يصح فيه التأجيل ولا يلزم، لأن تأجيل الإقراض والعارية جائز، لكن لا يلزم المضي على ذلك التأجيل فلا يتحقق معاوضة.[٤]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول، ولأن في ذلك تعرض المال للخطر من غير فائدة مرجوة وتكليف الشريكين عناء المطالبة بوفاء الدين وخاصة مع مماطلة المدين دون أن يعود ذلك التصرّف على الشركة بمنفعة أو مصلحة، كما أن الإقراض بمنزلة إتلاف للمال في الحال وهو لا يجوز، كما أنه ليس من صنيع التجار ولا عادتهم فلا يملكه، والله تعالى أعلم.

---

١ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦.

٢ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣.

٣ – ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. وانظر: البابرتي، العناية، ١٦٣/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٣/٦.

٤ – انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٣/٦. البابرتي، العناية، ١٦٣/٦.

المبحث الثاني

تصرّفات الشريك في عقود الإطلاقات والتوثيقات والحفظ والمشاركات

المطلب الأول: تصرّفات الشريك في عقود الإطلاقات:

ومن عقود الإطلاقات التي يمارسها الشريك في مال الشركة: التوكيل والإبضاع.

الفرع الأول: تصرّف الشريك بالتوكيل:

ويمكن بحث موضوع تصرّف الشريك بالتوكيل في مال الشركة في المحورين التاليين:

أولا: حكم توكيل الشريك لأجنبي بعمل للشركة:

إذا أراد أحد الشريكين أن يوكل شخصا أجنبيا ليس بشريك له بالقيام بعمل من أعمال الشركة، كبيع بعض سلع الشركة أو شراء بعض السلع للشركة أو قبض ثمن مبيع ونحو ذلك، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد، أم لا بد من إذن الشريك الآخر بذلك؟ على قولين، ويرجع سبب الاختلاف إلى مدى تحقق مصلحة الشركة بهذا التصرف:

القول الأول: يجوز للشريك أن يوكل من يقوم بعمل من أعمال الشركة بمطلق العقد، دون حاجة إلى إذن شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية** استحسانا[١] **والمالكية**[٢] **والحنابلة في وجه.**[٣]

القول الثاني: لا يملك الشريك التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن شريكه، فإن أذن له جاز وإلا فلا .

وإليه ذهب **الحنابلة في الصحيح** من المذهب[٤]، وهذا هو القياس عند **الحنفية.**[٥]

وأما ما لا يتولى الشريك مثله بنفسه أو يعجز عنه فيجوز له التوكيل فيه عندئذ.[٦]

---

١ – المرغيناني، الهداية، ١٨٤/٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٠/٤. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦.

٢ – القاضي عبد الوهاب، عبد الوهاب بن علي، عيون المجالس، تحقيق امباي بن كيباكاه، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢١هـ –٢٠٠٠م ، ١٦٧٥/٤. القرافي، الذخيرة، ٥٣/٨.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣–٣٨٨.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٥ – السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥.

٦ – انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥.

وقد اكتفى **الحنابلة** بالإذن العام (التفويض) لجواز ذلك للشريك إذا رأى فيه مصلحة، كأن يقول له " إعمل برأيك" لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة فجاز كل ما هو من التجارة.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الشركة تنعقد على عادة التجار، والتوكيل بالبيع والشراء من عاداتهم فجاز ذلك له.[٢]
٢. لأن التوكيل من ضرورات التجارة وتوابعها، فالتاجر قد لا يمكنه مباشرة جميع التصرّفات ولا يتهيأ له ذلك بنفسه فلا يجد بدا من التوكيل، فجاز لكل من الشريكين التوكيل حتى يحصل مقصود عقد الشركة من تحصيل الربح، فيثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعا لها بدلالة الحال، ويصير كل واحد منهما كالآذن لصاحبه في ذلك دلالة.[٣]
٣. لأنه لما كان له أن يستأجر من يحفظ المال ومن يتجر فيه فأولى أن يوكل، لأنه دون الاستئجار.[٤]
٤. لأن الشركة أعم من الوكالة، والوكالة أخص منها، والشيء يستتبع دونه ولا يستتبع مثله، فجاز للشريك الاستنابة في الأخص بخلاف الوكيل إذ لو جاز له التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد.[٥]
٥. لأن الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة، ولهذا صحت من غير بيان جنس المشتري وصفته، وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فإنه لو قال لوكيله اعمل برأيك كان له أن يوكل غيره.[٦]

---

١ – انظر: ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. وانظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٥٠/٤. المرغيناني، الهداية، ١٨٤/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. الزيلعي، تبيين الحقائق،٢٥٠/٤.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٥٠/٤. المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥.

٤ – الزيلعي، تبيين الحقائق،٢٥٠/٤.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥-٤١٨. التنوخي، الممتع، ٣٨٨/٣. الزيلعي، تبيين الحقائق،٢٥٠/٤. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥.

٦ – السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١.

٦. لأن التوكيل في الحقيقة هو من قبيل الاستعانة، واستعانة الشريك بغيره جائزة.[١]

أدلة القول الثاني:

١. لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره.[٢]

٢. لأن شريكه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره.[٣]

اعتراض:

١. اعترض على دعوى قياس الشريك على الوكيل في المنع من التوكيل بأنها دعوى منتفية وقياس لا يصح، وذلك لأن الشريك يفترق عن الوكيل فلا يصح القياس عليه لما يلي:

أ. إن الشركة أعم من الوكالة، والوكالة أخص منها، والشيء يستتبع دونه ولا يستتبع مثله، ولو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد وهو ممنوع، في حين أن الشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه فجاز.[٤]

ب. إن تصرّف الشريك أعم من تصرّف الوكيل بالشراء، وذلك لأن المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح، فيملك الشريك جميع التصرّفات التي تؤدي إلى تحقيق هذا المقصود، إلا أن الشريك قد لا يمكنه أو لا يتهيأ له مباشرة جميع التصرّفات بنفسه للتجارة، فلا يجد بدا من التوكيل، فيثبت التوكيل عندئذ في ضمن التجارة تبعا لها بدلالة الحال فيصير كل واحد من الشريكين كالآذن لصاحبه في ذلك دلالة، في حين أن الوكيل بالشراء ليس كذلك، إذ إنه لا يملك جميع التصرّفات، بل لا يملك إلا الشراء فيمكنه مباشرته بنفسه، ولا ضرورة إلى أن يوكل غيره، لأنه عقد خاص مقصوده تحصيل شيء معلوم جنسه وصفته فلم يثبت في ضمنه تبعا ما هو مثله.[٥]

٢. كما يعترض على دعوى أن شريكه رضي برأيه لا برأي غيره ، بأن الشريك يختلف

---

١ – الدبو، شركة العنان، ص١٥٣.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١١/١٧٥. وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥٠١. ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٦٠. ابن قدامة، المغني، ٧/١٣٠.التنوخي، الممتع، ٣/٣٨٧.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٩٣. وانظر: السرخسي، المبسوط، ١١/١٧٥.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٩٣. ابن قدامة، المغني، ٧/١٣٠. التنوخي، الممتع، ٣/٣٨٨. ابن مفلح، المبدع، ٥/١١. المرداوي، الإنصاف، ٥/٤١٧–٤١٨.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٩٣. الشلبي، حاشية الشلبي، ٤/٢٥٠. المرغيناني، الهداية، ٦/١٨٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٦/٣٨٣. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٨٤. بتصرّف.

عن الوكيل هنا، فالشريك أوسع تصرفا من الوكيل فيقوم بكل ما يحقيق الاسترباح، فلزم أن يسبق ذلك رضاء الشريك الآخر برأيه، بخلاف الوكيل فهو أضيق تصرفا، فتصرفه مقصور على ما كلفه به الموكِل وهو موضوع لإنجاز مهمة محددة، وما يقوم به الوكيل ليس رأيه وانما رأي من وكّله، ولذلك لا يستلزم أن يرضى الشريك الآخر بمن نصّبه شريكه وكيلا لانجاز بعض أعمال الشركة.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، ولما ورد من **اعتراض**ات على **أدلة القول الثاني** إذ لم تسلم من النقد، والله تعالى أعلم.

ثانيا: عزل الشريك للوكيل الذي أقامه هو أو شريكه:

إذا أقام أحد الشريكين وكيلا يقوم ببعض أعمال الشركة ــ سواء كان ذلك بإذن شريكه بناء على **القول الثاني** أو بدون إذنه بناء على **القول الأول** ــ فأراد هو أو شريكه الآخر أن يعزل ذلك الوكيل، **فلا خلاف بين الفقهاء** في جواز ذلك له وأنه يملكه بمطلق العقد، فإذا عزله انعزل وخرج من الوكالة.[١]

إلا أن **الحنفية** استثنوا من الحكم السابق حالة ما لو كان الوكيل الذي أقيم للشركة وكيلا في تقاضي وقبض ما داينه وباعه، فليس للشريك الآخر إخراجه عن الوكالة وعزله عندئذ، لأنه لا يملك أن يوكل شريكه فلا يملك أن يعزل وكيله عنه.[٢]

وجه الاتفاق:

لأن عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل، فكما جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعلهما فكذلك يجعل نهي أحدهما إياه كنهيهما.[٣]

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٤/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦.

٣ – السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧.

الفرع الثاني: تصرّف الشريك بالإبضاع:[١]

إذا أراد الشريك أن يبضع مال الشركة بأن يدفع منه لمن يتجر ويعمل به متبرعا للشركة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك، هل يملك الإبضاع بمطلق العقد؟ أم لا بد من إذن شريكه له بذلك؟ على ثلاثة أقوال، ويعود سبب الاختلاف إلى اختلافهم في مدى انطواء هذا التصرف على مصلحة أو ضرر لاحق بمال الشركة:

القول الأول: يجوز للشريك إبضاع مال الشركة بمطلق العقد مطلقا، دون حاجة إلى إذن شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والحنابلة في رواية.**[٣]

القول الثاني: لا يجوز للشريك أن يبضع مال الشركة إلا بإذن شريكه مطلقا، فإن أذن له جاز، وإلا فلا.

وإليه ذهب **الشافعية**[٤] **والحنابلة في الأصح** وهو المذهب.[٥]

وقد اكتفى **الحنابلة** لجواز إبضاع الشريك لمال الشركة بالإذن العام (التفويض) من شريكه، فلو

---

١ – الإبضاع هو: بعث ودفع المال لمن يتجر به تبرعا، والربح كله لرب المال الدافع ولا شيء للعامل، والأصل أن يكون الإبضاع تبرعا من العامل عند جمهور الفقهاء، إلا أن **المالكية** اعتبروا دفع المال بأجر إبضاعا أيضا ويسمى عندهم بضاعة بأجر.انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٣/٢. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٢/٢. المغربي، حاشية المغربي، ٢٢٦/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦. الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٦/٢-١١٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٧٢/١.

٢ – المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١، ١٨٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥، ٤١٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥.

٤ – الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥-١٤. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. النووي، منهاج الطالبين، ص١٣٢. البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٣٢. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢. الشربيني، الإقناع، ١٣١/٣.

٥ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥، ٤١٧، ٤١٩. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥، ١١. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣، ٥٠٢. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧، ١٣١. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢، ٢٦٢.

قال له: "اعمل برأيك" جاز له الإبضاع إذا رآه مصلحة، لتناول الإذن لذلك لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة فجاز كل ما هو من التجارة والتي منها الإبضاع.[١]

وعليه فإن خالف الشريك فأبضع من مال الشركة ضمن نصيب شريكه منه لأنه خاطر بماله.[٢]

القول الثالث: يجوز للشريك الإبضاع بغير إذن شريكه إذا كان المال واسعا يحتاج فيه إلى مثل ذلك، أو بار معه شيء من مال الشركة فدفعه لمن يبيعه ببلد بلغه نفاق بها ولم يجد إلى السفر به سبيلا، فيجوز له ذلك عندئذ، وإلا امتنع الإبضاع بغير إذن شريكه.

وإليه ذهب **المالكية**.[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الشركة تنعقد على عادة التجار والإبضاع من عاداتهم[٤]

٢. لأن له أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بلا خلاف , وكل من جاز له أن يستأجر لتحصيل الربح بأجر جاز له أن يبضع بغير أجر بطريق الأولى لعدم المؤنة فيه، لأن الاستئجار تحصيل بعوض والإبضاع بدونه، فكان الاستئجار أعلى، ومن ملك الأعلى

---

١ – انظر: ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٢ – انظر: البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٣/٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٤/٥. الرافعي، العزيز، ١٩٥/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٦/٢.

٣ – الحطّاب، مواهب الجليل، ٧٩/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٠/٦–٨١.الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦. القرافي، الذخيرة، ٥٩/٨. المواق، التاج والإكليل، ٧٩/٧–٨٠. الصاوي، بلغة السالك، ٢٩٥/٣. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٦/٢. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٥٦/٢.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. وانظر: البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

ملك الأدنى.[١]

٣. لأن المقصود الربح، وهو في هذه أكثر.[٢]

<u>أدلة القول الثاني:</u>

١. لما فيه من الغرر[٣] ومخاطرة بالمال.[٤]

٢. لأنه لم يرض بغير يده.[٥]

٣. لأن الشركة في الحقيقة توكيل وتوكل[٦]، والوكيل لا يجوز له ذلك.

<u>اعتراض:</u>

يعترض على ما سبق لا خطر على مال الشركة مع اشتراطنا إبضاع مالها أمينا ثقة صاحب خبرة، ولذلك لا يلزم رضاء الشريك الآخر به، كما لا يصح القياس على الوكيل لاختلاف الشريك عن الوكيل في سلطة تصرف كل منهما كما سبق بيانه.

<u>أدلة القول الثالث:</u>

لم أجد فيما اطلعت عليه أدلة للقول الثالث، والله تعالى أعلم.

<u>الرأي المختار:</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول، إلا أنه ينبغي للشريك أن يبضع مال الشركة لمن يثق بأمانته وخبرته وحرصه على مال المبضع إليه، وذلك حتى يأمن ضياع المال وخسارته بسبب تقصيره أو تفريطه لكونه لا نصيب له في المال فيقل اهتمامه به أو لخيانته أو لقلة خبرته في التجارة ونحو ذلك، والله تعالى أعلم.

<u>المطلب الثاني: تصرّفات الشريك في عقود التوثيقات:</u>

---

١ – انظر: البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. العيني، البناية، ٤٠٦/٧. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٣/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥.

٢ – ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.

٣ – انظر: ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧.التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٤ – البغوي، التهذيب، ٢٠٢/٤.

٥ – الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٣١٥/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠/٥. الشربيني، الإقناع، ١٣١/٣.

٦ – الشربيني، مغني المحتاج، ٢٧٨/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ١٣/٥-١٤.

ومن عقود التوثيقات التي يمارسها الشريك في مال الشركة: الرهن والارتهان، والحوالة أخذا وإعطاء.

الفرع الأول: تصرّف الشريك بالرهن والارتهان:

إذا أراد الشريك أن يرهن عينا من مال الشركة مقابل دين أو ثمن مستحق على الشركة، أو يرتهن عينا مقابل دين أو ثمن مستحق للشركة، فإما أن يكون شريكا في شركة مفاوضة أو شريكا في شركة عنان:

١) **شركة المفاوضة:**

ذهب **الحنفية** إلى أن الشريك في شركة المفاوضة يملك بمطلق العقد الرهن بدين على الشركة والارتهان بدين للشركة دون حاجة إلى إذن شريكه، سواء فيما ولي عقده هو أو شريكه.[١]

وجه الرأي السابق:

لأن الرهن هو إيفاء والارتهان استيفاء، وكل واحد منهما يملك الإيفاء والاستيفاء فيما عقده صاحبه، لأن كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك، وما دام يملك ذلك فكذلك يملك الرهن والارتهان.[٢]

٢) **شركة العنان:**

اختلف الفقهاء في جواز رهن شريك العنان شيئا من مال الشركة بدين عليها وارتهانه شيئا من المدين بدين للشركة، هل يملك ذلك بمطلق العقد أم لا بد لجواز ذلك من إذن شريكه؟ على ثلاثة أقوال، والسبب الي يدور حوله اختلافهم هو مدى انطواء هذا التصرف على مصلحة أو ضرر لاحق بمال الشركة:

القول الأول: يجوز للشريك الرهن والارتهان بمطلق العقد مطلقا دون حاجة إلى إذن شريكه، سواء فيما وليه هو أو وليه شريكه.

وإليه ذهب **الحنابلة في الأصح** من المذهب.[٣]

القول الثاني: لا يجوز له الرهن والارتهان إلا بإذن شريكه فإن أذن له جاز وإلا فلا، سواء في

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٢/١١. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. الحصكفي، الدر المختار،٣٨٤/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. السرخسي، المبسوط، ٢٠٢/١١، ٢٠٣.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥، ١١. المرداوي، الإنصاف، ٤١٨/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٤/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.

ذلك فيما وليه هو أو وليه شريكه.

وإليه ذهب **الحنابلة في وجه.**[١]

وقد اكتفى أصحاب هذا القول لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا الإذن الخاص (التصريح)، فإن قال له شريكه: "اعمل برأيك" جاز له الرهن والارتهان، لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة، ومنها الرهن والارتهان.[٢]

القول الثالث: لا يجوز له الرهن والارتهان بدين وجب بعقد تولاه شريكه أو تولياه معا إلا بإذن شريكه، أما ما تولى عقده بنفسه دون شريكه فيجوز له الرهن والارتهان بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية.**[٣]

وقد اكتفى أصحاب هذا القول لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا الإذن الخاص (التصريح)، فإن قال له شريكه: "اعمل برأيك" جاز له الرهن والارتهان، لأنه فوض الرأي إليه في التصرّف الذي اشتملت عليه الشركة مطلقا.[٤]

وعليه فإن خالف فرهن عين من مال الشركة بدين وجب على الشركة بعقد وليه شريكه أو ولياه معا بغير إذن شريكه كان ضامنا للرهن، وإن خالف فارتهن شيئا من المدين بدين وجب للشركة بعقد وليه شريكه أو ولياه معا بغير إذن شريكه لم يجز على شريكه، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء صار مستوفيا لجميع الدين، فيصير مستوفيا حصته صورة فذهب الرهن بحصته، لأنه قبض الرهن بعقد فاسد، والرهن الفاسد يكون مضمونا كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين، لأنه كان يملك استيفاء حصته من الدين قبل الارتهان، وشريكه عندئذ بالخيار إن شاء رجع بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين، لأن قبض الرهن قبض استيفاء الدين، فإذا

---

١ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٨/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥، ١١.

٢ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. المرداوي، الإنصاف، ٤١٩/٥.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦. السرخسي، المبسوط، ٢٠٣/١١. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٥٠/٤. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦.

هلك في يده تقرر استيفاء كل الدين، لأن هلاك الرهن في يده كالاستيفاء، ومن استوفى كل الدين المشترك بغير إذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته ويرجع الغريم على القابض بما قبضه، لأنه إنما سلم إليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع كذا هنا للمطلوب أن يرجع بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء الشريك رجع عليه نصف دينه، لأن أحد الشريكين إذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه، لأن نصف المقبوض وقع للقابض ولشريكه أن يشاركه فيه، ومتى شاركه فيه فللقابض أن يرجع على المطلوب بذلك ثم يشاركه في ذلك أيضا هكذا يستوفي هو ويشاركه الآخر إلى أن يستوفيا الدين.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن الرهن يراد للإيفاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإيفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما، ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد، وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له.[٢]

أدلة القول الثاني:

لأن فيه خطرا.[٣]

اعتراض:

لا يسلّم بوجود الخطر فيه، بل الرهن والارتهان من وسائل تعزيز الثقة والاطمئنان بين التجار، ونفي هواجس الخطر وتضييع المال.

أدلة القول الثالث:

١. وجه جواز الرهن والارتهان بدين وجب بعقد تولاه وحده: لأن الرهن إيفاء الدين والارتهان استيفاؤه وإنه يملك الإيفاء والاستيفاء فيما تولى عقده فيملك الرهن

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. السرخسي، المبسوط، ٢٠٣/١١. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٥٠/٤. بتصرّف.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ١١/٥.ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٤/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. التنوخي، الممتع، ٣٨٨/٣.

والارتهان.[١]

٢. وجه عدم جواز الرهن والارتهان بدين وجب بعقد تولاه شريكه أو تولياه معا: لأن الرهن إيفاء، وكل واحد منهما لا يملك أن يوفي دين الآخر من ماله إلا بأمره فلا يملك الرهن، والارتهان استيفاء، وأحدهما لا يملك استيفاء ثمن ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه[٢]، لأن الاستيفاء من حقوق العقد فيكون إلى العاقد وكيلا كان أو مالكا، أما كون عدم صحة ذلك فيما ولياه جميعا أيضا، فلأنه لو جاز ارتهانه في نصيب شريكه من الدين كان مشاعا والشيوع يمنع صحة الرهن.[٣]

اعتراض:

يعترض على دعوى أن الرهن من حقوق العقد التي ترجع إلى العاقد فقط، بأن ما استدلوا به ليس أمر متفق عليه، بل هو أمر وقع الخلاف به بين الفقهاء كما سبق بيانه، ولا يصلح هذا دليلا هنا فسقط.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث يجوز للشريك الرهن والارتهان بمطلق العقد مطلقا دون حاجة إلى إذن شريكه، سواء فيما وليه هو أو وليه شريكه، وذلك لأن الرهن والارتهان من متطلبات التجارة وعادة التجار، قد لا يستغني عنه التجار في تعاملهم مع بقية التجار، إذ هو وسيلة لزيادة الثقة بين الشريك وبين غيره من التجار، فرهن شيء من مال الشركة بدين عليها يعطي التاجر الدائن اطمئناناً وثقة بسداد دينه، في حين ارتهان شيء للمدين بدين للشركة يحفز المدين لسداد الدين من أجل فك رهنه، وبذلك تحقق مصلحة للشركة ويؤدي إلى ازدهار تجارة الشركة وتوسيعها، ولو منعنا الشريك منه لأدى إلى تضييق نطاق تجارة الشركة، بالإضافة إلى ما استدل به أصحاب **القول الأول**، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تصرّف الشريك بالحوالة أخذاً وإعطاءً:[٤]

لا خلاف بين الفقهاء في أن الشريك يملك بمطلق العقد الحوالة أخذاً وإعطاءً، دون حاجة إلى

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٣/١١.

٤ –الحوالة في الاصطلاح: نقل الدين من ذمة إلى ذمة بالإيجاب والقبول تحميلا وتحملا لأداء الدين من المُحْتَمِل إلى الدائن، بين اثنين من الثلاثة الأطراف المعنية، الدائن والمدين والملتزم بالأداء، انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٦٩/١٨–١٧٠.

إذن شريكه بذلك، فيجوز له أن يحيل البائع أو الدائن بثمن أو دين على الشركة إلى آخر يستوفي منه الثمن أو الدين، ويجوز أن يقبل الحوالة من المشتري أو المدين بثمن أو دين للشركة إلى آخر يستوفي منه الثمن أو الدين.[١]

وجه الاتفاق:

١. لأن إطلاق العقد منزّل على وجوه التجارة الغالبة وعادة التجار[٢]، والحوالة من أعمال التجارة وعادة التجار، لأن التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الملاءة والإفلاس وكون بعضهم أملأ من بعض، وفي العادة يختار الأملأ فالأملأ، فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء.[٣]

٢. لأن الحوالة عقد معاوضة وهو يملك المعاوضة[٤]، إذ هي تمليك ما في الذمة بمثله فتجوز له كالصرف[٥]

المطلب الثالث: تصرّفات الشريك في عقود الحفظ(تصرّف الشريك بالإيداع):

ومن عقود الحفظ التي يمارسها الشريك في مال الشركة: الإيداع، فإذا أراد الشريك إيداع بعض مال الشركة أو جميعه عند آخر، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد من إذن شريكه؟ على قولين، ويرجع سبب اختلافهم إلى مدى تضمّن الإيداع على مصلحة أو غرر بالمال:

القول الأول: لا يجوز للشريك إيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه.

وإليه ذهب **الحنابلة في رواية.**[٦]

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦. أطفيش، شرح النيل، ٤١٣/١٠. ولم أجد من خالف ذلك من الفقهاء فيما اطلعت عليه. والله تعالى أعلم.

٢ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥. وانظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.

٤ – التنوخي، الممتع، ٣٨٦/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٤/٥–٩٥.

٦ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥–٤١٦. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ونقل المرداوي وابن مفلح عن بعض **الحنابلة** أنهم قالوا: أنه أصح الوجهين. انظر الانصاف والمبدع نفس الصفحات.

ولا يشترط عند **الحنابلة** على هذه الرواية التصريح في الإذن لجواز الإيداع، بل يكفي الإذن العام أو التفويض، فإن قال: "اعمل برأيك" جاز له الإيداع لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف في التجارة، فجاز له كل ما هو من التجارة إذا رأى المصلحة فيه ومنها الإيداع.[١]

القول الثاني: يجوز للشريك الإيداع بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والمالكية**[٣] **والحنابلة في الصحيح.**[٤]

إلا أن **المالكية والحنابلة** قيدوا جواز الإيداع هنا بوجود حاجة تدعو إلى إيداع مال الشركة كسفره ونزوله في بلد أو مكان خوف لا أمن فيه، أو وجود جار سوء يخشى منه أو فقدان البيت أو المكان الذي فيه مال الشركة للإحراز والأمن بانهدام جداره مثلا ونحو ذلك، فلا يجد الشريك حينئذ بدا من إيداع المال عند أمين، فإن ضاع بعد ذلك فلا ضمان عليه، أما إن أودع المال دون حاجة أو عذر يقتضي منه ذلك ضمن الشريك المودِع نصيب شريكه مما أودعه إذا تلف المال أو ضاع عندئذ [٥]، بل إن الزرقاني من فقهاء **المالكية** قد أوجب على الشريك إيداع مال الشركة إذا خاف عليه الضياع أو السرقة وتعين الإيداع سبيلا لحفظه.[٦]

---

١ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥.

٢ – المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١، ١٨٠. البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥.

٣ – الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨١/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧. الحطّاب، مواهب الجليل، ٨٠/٧، ٨١.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥–٤١٦. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٤/٣. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. البهوتي، كشاف القناع،٥٠١/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.

٥ – انظر: الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦–٣٤٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٨١/٧. القرافي، الذخيرة، ٦٠/٨.الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٤/٣. ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤١٦/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥.

٦ – انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨١/٦.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأنه ليس من الشركة وفيه غرر[1] بتعريض مال الشركة للضياع.

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه لا غرر ولا خطر في الإيداع وخاصة اذا اشترطنا الإيداع عند الثقة المؤتمن، فينتفي عندها الغرر قطعا.

أدلة القول الثاني:

١. لأن له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة، فلأن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى.[2]

٢. لأن الإيداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة أيضا،إذ لا بد للتاجر منه لأنه يحتاج إلى ذلك عند **اعتراض** أحوال تقع عادة[3]، أشبه دفع المتاع إلى الحمال.[4]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** حيث يجوز للشريك إيداع بعض مال الشركة أو كله بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن شريكه في ذلك، وذلك لقوة ما استدل به هذا الفريق، بل العرف التجاري بين التجار في زماننا جرى على إيداع أموال تجارتهم في المصارف والبنوك، وعدم الاحتفاظ بها في مكان العمل إلا بالقليل منها، وخاصة مع توسع التجارات وضخامة حجم المبالغ النقدية وانتشار السرقات وفساد الذمم وتفشي الخيانة، فليس من الحكمة تركها في محل العمل أو منزل التاجر، حتى لا نرى تاجرا يستغني غالبا عن إيداع أمواله في المصارف والبنوك لحفظها، حيث الأمان والسهولة والسرعة في الإيداع والسحب وتوثيق ذلك بأوراق رسمية تكفل حق التاجر في هذه الأموال فلا محظور يخشى منه غالبا من الإيداع فيها، ودعوى أن الإيداع تغرير بالمال وتعريضه للضياع هي دعوى غير مسلم بها، بل الإيداع سبيل لحفظ المال وصيانته من الضياع والسرقات، كما أميل إلى ما ذهب إليه **المالكية والحنابلة** من تقييد

---

١ – ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥. وانظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. وانظر: المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٤٩/٤.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧.

الجواز بما تدعو إليه الحاجة ومراعيا في تصرّفه بذلك ما تقتضيه مصلحة مال الشركة وبحسب ما يسمح به العرف التجاري السائد حتى لا يكون تصرّف الشريك مجردا عن أي مصلحة للشركة، إذ إن تصرّفه في المال منوط بما يحقق المصلحة للشركة، فإذا خلى تصرّفه منها كان تصرّفا عبثيا لا ينبغي أن يوقعه شخص في مال غيره، فإن أودع لغير حاجة ضمن نصيب شريكه عند التلف أو الضياع أو الجحود، كما ينبغي مع جواز الإيداع للشريك ألا يودع مال الشركة إلا عند أمين ثقة مؤتمن، فإن أودع عند من ليس بأمين ولا ثقة وهو يعلم حاله فإنه يضمن لتفريطه حينئذ، والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: تصرّفات الشريك في عقود المشاركات:

ومن عقود المشاركات التي يمارسها الشريك: المشاركة والمضاربة، وعليه فقد يكون تصرّفه بتلك العقود في ذات مال الشركة بأن يشارك بمالها أو يضارب به، وقد يكون تصرّفه بها خارج مال الشركة ولكن تمسه من قريب أو بعيد بما يؤثر في ربحه، بأن يأخذ من أجنبي مالا يضارب به إلى جانب عمله في الشركة، ويمكن بحث ذلك في المحاور التالية:

الفرع الأول: تصرّف الشريك بأخذ مال أجنبي مضاربة:

إذا أخذ الشريك مالا من أجنبي ليضارب به ويتجر إلى جانب شركته، فهل يجوز للشريك ذلك التصرّف؟ وهل يحق لشريكه مشاركته فيما حصل له من الربح؟ يفترق الأمر بين كون الشريك شريكا في شركة مفاوضة أو في شركة عنان:

١) **شركة المفاوضة:**

ذهب **الحنفية** إلى أن شريك المفاوضة إذا أخذ من أجنبي مالا يضارب به كان ذلك جائزا ويكون نصيبه من ربح ذلك بينه وبين شريكه.[١]

وجه الرأي السابق:

ولعل **وجه ذلك** ما هو مقرر عند **الحنفية** من كون أن كلا من شريكي المفاوضة كشخص واحد في أحكام التجارة فيما لهما وعليهما، فيكون فعل أحدهما كفعلهما جميعا، لأن مبنى المفاوضة على الوكالة والكفالة، وبالتالي كل عمل يقوم به أحدهما يكون أصيلا عن نفسه في نصفه ووكيلا عن صاحبه في نصفه الآخر، وبالتالي ما يحصل منه من ربح أو أجرة يكون مشتركا لذلك المعنى، والله تعالى أعلم.

---

١ – انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦.

٢) شركة العنان:

إذا أخذ شريك العنان مالا من أجنبي مضاربة، فهل يجوز مثل ذلك التصرّف، وهل يختص الشريك بذلك الربح المتحصل أم يشترك معه شريكه فيه؟ للفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال، ويرجع سبب الخلاف بينهم إلى مدى تأثير هذا التصرف من الشريك على مال الشركة وربحها:

القول الأول: ذهب **الحنفية** إلى التفصيل التالي: [١]

أ. إذا كان العمل ــ الذي أخذ الشريك المال ليضارب به فيه ــ من نفس جنس عمل وتجارة الشركة، كأن يأخذ مالا يضارب به في تجارة المنسوجات مثلا ويكون عمل الشركة في تجارة المنسوجات أيضا، فعندئذ يكون نصيبه من الربح مشتركا بينه وبين شريكه، ولا يختص الشريك الآخذ بالربح لوحده، إلا إذا كان أخذه للمال بحضرة صاحبه فيختص بالربح وحده عندئذ.

ب. أما إذا لم يكن العمل من جنس تجارة وعمل الشركة، كأن يأخذ مالا يضارب به في الحبوب وعمل الشركة في تجارة المنسوجات مثلا، فإن ربح ذلك يكون له خاصة، يختص به وحده ولا يشاركه فيه شريكه.

القول الثاني: ذهب **المالكية** إلى التفصيل التالي: [٢]

أ. إن كان أخْذُ الشريك المال مضاربة وعمله فيه لا يشغله عن العمل في مال الشركة فيجوز له ذلك بغير إذن شريكه، ويختص وحده بربحه دون صاحبه.

ب. أما إن كان ذلك يشغله عن عمل الشركة فلا يجوز له إلا بإذن شريكه، فإن أذن له جاز واختص بربحه وحده، وإن لم يأذن له بذلك لم يجز له هذا التصرّف، فإن خالف فأخذ مال أجنبي مضاربة مما يشغله بغير إذن شريكه يكون متعديا، إلا أن الربح يكون له خاصة دون شريكه أيضا، إذ لا يكون ذلك التعدي منه مانعا من استبداده بالربح، أي أن الربح يكون للشريك الآخذ وحده دون شريكه ولا يشاركه فيه مطلقا سواء عند وجود الإذن أو

---

١ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦، ٣٨٤. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٢٥/٣.

٢ – انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١١/٥. الدردير، الشرح الكبير، ١١/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٧/٣. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٣/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٧/٦، ٣٤٨. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. المواق، التاج والإكليل، ٨٢/٧. العدوي، حاشية العدوي، ٣٤٨/٦. الصاوي، بلغة السالك، ٢٩٧/٣.

عدمه.

<u>القول الثالث:</u> ذهب **الحنابلة** إلى التفصيل التالي: [١]

أ. إن لم يكن في أخذ الشريك للمال مضاربة وعمله فيه ضرر بالشركة أن فيجوز له ذلك بغير إذن شريكه، ويختص بربحه وحده دون صاحبه.

ب. أما إن كان في ذلك ضرر بالشركة فلا يجوز إلا بإذن شريكه، فإن خالف وفعل ذلك دون أن يأذن فيه شريكه رد ما حصل من الربح في الشركة الأولى وكان مشتركا بينهما.

<u>عرض الأدلة:</u>

<u>أدلة القول الأول:</u>

لأن مال المضاربة ليس من شركتهما في شيء، فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه، واستحقاق المضارب الربح بعمله، كما أن كل واحد منهما من صاحبه فيما ليس من شركتهما بمنزلة الأجنبي وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز، لأنه عدل لا تهمة في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما، فإنه متهم في شهادته لماله من النصيب في المشهود به.[٢]

ولم أقف فيما اطلعت عليه على وجه لقولهم باشتراكهما في الربح في حالة ما لو كان عمل المضاربة من جنس عمل الشركة، والله تعالى أعلم.

<u>أدلة القول الثاني:</u>

١. <u>وجه كون الربح يختص به الشريك الآخذ في حالة ما إذا لم يشغله عن العمل بالشركة:</u> لأن مال القراض خارج عن الشركة[٣]، وليست المقارضة من التجارة، وإنما هو أجير آجر نفسه بجزء من الربح فلا شيء لشريكه في ذلك.[٤]

٢. <u>وجه كون الربح يختص به الشريك الآخذ في حالة ما كان يشغله عن العمل وأذن شريكه</u>

---

١ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٤/٣.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١. وانظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥.

٣ – الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٧/٣.

٤ – الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٣/٦. وانظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٧/٦. الدردير، الشرح الكبير، ١١/٥. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢.

بذلك: لأنه إذا أخذه بإذنه يحمل على أنه تبرع له بالعمل في مال الشركة.[١]

٣. وجه كون الربح يختص به الشريك الآخذ في حالة ما كان يشغله عن العمل ولم يأذن شريكه بذلك: لأنه في حال تعديه لا يكون ذلك التعدي مانعا من استبداده بالربح.[٢]

أدلة القول الثالث:

١. وجه كون الربح يختص به الشريك الآخذ في حالة عدم الضرر بالشركة: لأنه يستحق ذلك في مقابلة عمله، وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه.[٣]

٢. وجه كون الربح مشتركا بين الشريكين في حالة وجود الضرر بالشركة وعدم الإذن: قياسا على المضاربة، فإن المضارب إذا ضارب لرجل آخر رد ما حصل من الربح في شركة الأول إذا كان فيه ضرر على الأول فيجيء ههنا مثله.[٤]

اعتراض:

يعترض على الاستدلال على مسألة الشريك بمسألأة المضارب بأن هذا الاستدلال ساقط لا يصلح، لكونه أمر مختلف فيه بين الفقهاء.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** وهو ما ذهب إليه **المالكية**، ووجه الجواز في حالة عدم الشغل: انتفاء المانع وهو الضرر، ولأن المضارب مالك لمنافع نفسه وإنما الذي ملك عليه فعل ما فيه حظ ونحوه، فكان كأجير أجر نفسه بجزء من الربح خارج الشركة فجاز له واختص بربحه دون شريكه، ووجه المنع في حالة الشغل: لأن مقصود الشركة هو طلب الحظ والنماء للمال وتصرّف الشريك فيه منوط بما يحقق مصلحته ويدفع عنه الضرر وعلى ذلك انعقدت الشركة، فإذا انطوى تصرّف الشريك على ضرر لاحق بالمال فيمنع منه، لأنه تصرّف يمتنع به مقصود الشركة، فإن أذن له شريكه بذلك جاز واختص بحصته من ربح المضاربة، لأن الحق في ذلك له فإذا أخذه بإذنه فيحمل على أنه تبرع له بالعمل في مال الشركة، فإن لم يأذن له يكون متعديا وضامنا لما يحصل لرأس مال الشركة من تلف أو ضياع أو نزول سوق

---

١ – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١١/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٤/٦. وانظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٨/٦. العدوي، حاشية العدوي، ٣٤٨/٦.

٢ – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١١/٥.

٣ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٤/٣.

٤ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧.

ونحوه، ولا يغرم ما فاته من الربح، ويختص الشريك الآخذ وحده بحصته من ربح المضاربة دون شريكه أيضا، وليس لشريكه أن يشاركه فيها، وذلك لأن شريكه لو استحق شيئا من ذلك الربح فإنما يستحقه بالعمل أو المال، وهما منتفيان هنا فليس له في المضاربة عمل ولا مال، كما أن تعدي الشريك بترك العمل في الشركة وانشغاله بالمضاربة لا ينفي اختصاص الشريك الآخذ واستبداده بالربح ولا يوجب لشريكه عوضا في ذلك، لأن شريكه لم يملك المنفعة حتى يجب له عوضا بفواتها، ولو أوجب عوضا لأوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في المضاربة، ويتبين مما سبق أن الربح يكون للشريك الآخذ وحده دون شريكه ولا يشاركه فيه مطلقا في جميع الحالات سواء عند وجود الإذن أو عدمه، وسواء عند وجود الضرر أو عدمه، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تصرّف الشريك بمشاركة أجنبي بمال الشركة:

إذا أراد أحد الشريكين مشاركة أجنبي بمال الشركة أو بجزء منه، بأن يتعاقد معه على أن يدفع الأجنبي مالا ويدفع الشريك بدوره بعض مال الشركة أو كله لتكوين رأس المال المشترك للشركة على أن يعملا فيه بأبدانهما والربح بينهما، فهل يجوز له مثل هذا التصرّف بمطلق العقد أم لا بد من إذن شريكه بذلك؟ يفترق الأمر بين كون الشريك شريكا في شركة مفاوضة أو شركة عنان:

١) **شركة المفاوضة:**

إذا أراد شريك المفاوضة أن يشارك أجنبيا بمال الشركة ؛ فإما أن يشاركه شركة مفاوضة وإما أن يشاركه شركة عنان:

أولا: مشاركة شريك المفاوضة لأجنبي شركة مفاوضة:

إذا أراد شريك المفاوضة أن يشارك أجنبيا بمال الشركة شركة مفاوضة، فقد اختلف فقهاء **الحنفية** في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم يحتاج ذلك لإذن شريكه؟ على قولين، وسبب الخلاف بينهم هو كون هذا التصرف يوجب حقوقا في المال لغير الشريكين لم يرض به شريكه:

القول الأول: لا يجوز لشريك المفاوضة مشاركة أجنبي شركة مفاوضة إلا بإذن شريكه، فإن أذن له فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك.

وإليه ذهب **أبو يوسف**، وهي رواية عن أبي حنيفة.[١]

---

١ - الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١، ٢٠١. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦.

ويُكتفَى هنا لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولا يشترط الإذن الصريح، فإن قال كل منهما للآخر: "اعمل برأيك" جاز لكل منهما أن يشارك غيره بمال الشركة.(١)

وعليه فإن خالف شريك المفاوضة فشارك غيره شركة مفاوضة بغير إذن شريكه تنعقد الشركة الثانية عنانا ولا تكون مفاوضة، ويكون ما يخصه من الربح بينه وبين شريكه.(٢)

القول الثاني: يجوز لشريك المفاوضة مشاركة أجنبي شركة مفاوضة بغير إذن شريكه، وينفذ ذلك عليه وعلى شريكه.

وإليه ذهب **محمد بن الحسن**.(٣)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن المفاوضة مثل المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله.(٤)

أدلة القول الثاني:

لأن المتفاوضين كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار، فيكون فعل كل واحد منهما كفعلهما وتصرّفه كتصرّفهما.(٥)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث لا يجوز لشريك المفاوضة مشاركة أجنبي شركة مفاوضة إلا بإذن شريكه، فإن أذن له فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك، وذلك لأن في ذلك إيجابا حقا للغير في مال الشركة لم يرض به شريكه، ولأن شريكه رضي بشركته وتصرّفه هو ولم يرض بشركة وتصرّف غيره، ولأن المفاوضة مثل المفاوضة والشيء لا يستتبع مثله، والله تعالى أعلم.

ثانيا: مشاركة شريك المفاوضة لأجنبي شركة عنان:

إذا أراد شريك المفاوضة أن يشارك أجنبيا بمال الشركة شركة عنان، فقد اختلف فقهاء **الحنفية**

---

١ – انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦.

٢ – انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦. السرخسي، المبسوط، ٢٠١/١١.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. وانظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١.

٥ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥.

في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم يحتاج ذلك لإذن شريكه؟ على قولين، ويرجع سبب الاختلاف إلى كون هذا التصرف يوجب حقوقا لغير الشريكين لم يرض بها شريكه:

القول الأول: لا يجوز لشريك المفاوضة مشاركة أجنبي بمال الشركة شـركة عنـان إلا بـإذن شريكه.

وإليه ذهب أبو حنفية **في رواية**.[١]

ويُكتفَى هنا لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولا يشترط الإذن الصريح، فإن قال كل منهما للآخر: "اعمل برأيك" جاز لكل منهما أن يشارك غيره بمال الشركة.[٢]

القول الثاني: يجوز لشريك المفاوضة أن يشارك أجنبيا بمال الشركة شركة عنـان بغيـر إذن شريكه، وينفذ عليه وعلى شريكه.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد وهو ظاهر الرواية.[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأنه يوجب للشريك الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز إلا بإذنه.[٤]

أدلة القول الثاني:

١. لأن شركة العنان أخص من شركة المفاوضة فكانت دونها، فجاز أن تتضمنها المفاوضـة كما تتضمن العنان المضاربة لأنها دونها فتتبعها.[٥]

٢. لأن الأب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه من طريق الأولى.[٦]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الاستدلال الاول هو ضابط عند **الحنفية** غير مسلّم به، كما لا يـصح القياس على مسألة الأب على الشريك، لأن تصرف الاب في مال ابنه بمنزلة تصرفه في ماله،

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١.

٢ – انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٩/٥–١٠٠. السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١، ٢٠١. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥. وانظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١–١٨٣.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥.وانظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١. ابن نجـيم، البحـر الرائـق، ١٩٢/٥.

٦ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٠٠/٥.

في حين إن الشريك يتصرف في ماله ومال شريكه، فلايستقيم القياس عليه هنا.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لأن في ذلك إيجابا حقا للغير في مال الشركة لم يرض به شريكه، ولأن شريكه رضي بشركته وتصرّفه هو ولم يرض بشركة وتصرّف غيره، والله تعالى أعلم.

٢) شركة العنان:

إذا أراد شريك العنان أن يشارك أجنبيا بمال الشركة شركة مفاوضة أو شركة عنان، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد لذلك من إذن شريكه؟ على قولين، ويرجع سبب الاختلاف إلى كون هذا التصرف منطوٍ على إيجاب حقوق لغير الشريكين لم يرض بها شريكه:

القول الأول: لا يجوز لشريك العنان أن يشارك أجنبيا بمال الشركة مطلقا إلا بإذن شريكه، وسواء في ذلك شاركه شركة مفاوضة ــ عند القائلين بها ــ أو شركة عنان.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والشافعية**(٢) **والحنابلة**.(٣)

وقد اكتفى كل من **الحنفية والحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا الإذن الصريح، فإن قال كل منهما للآخر: "اعمل برأيك" جاز لكل منهما أن يشارك غيره بمال الشركة، لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة ومنها مشاركة غيره بمال الشركة (٤)، في حين اشترط **الشافعية** لجواز ذلك الإذن الصريح.(٥)

وعليه فإن خالف شريك العنان فشارك غيره بمال الشركة بغير إذن شريكه، فقد ذهب **الحنفية** إلى أنه إن كان قد شاركه شركة عنان فما اشتراه الشريك فنصفه له ونصفه للشريكين، لأنه إن

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦. السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١-١٨٣. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦.

٢ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٣/٦.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣، ٥٠٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢، ٣٢٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣، ٥٠٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣.

٥ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٢/٦-٤٨٣.

كان لا يملك الشركة في حق الشريك، يملك التوكيل، وعقد الشركة يتضمن التوكيل، فكان نصف ما اشتراه بينهما، وإن اشترى الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء للأجنبي فيه لأنه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة[١]، وأما إن شاركه شركة مفاوضة، فإن كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الأول، وإن كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته، لأن مباشرته المفاوضة مع الثاني نقض منه لشركة العنان مع الأول، فإن المساواة بينهما لا تتحقق إلا به، ونقض أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل.[٢]

القول الثاني: يجوز للشريك أن يشارك أجنبيا بمال الشركة بغير إذن شريكه إذا شاركه ببعض مال الشركة لا جميعه بحيث لا تجول يد من شاركه في جميع مال الشركة معهما، فإن شاركه بحيث تجول يده في جميع مال الشركة فلا تجوز عندئذ مشاركته إلا بإذن شريكه.

وإليه ذهب **المالكية**.[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الشيء لا يستتبع مثله[٤]، ولا من فوقه من باب أولى[٥]، وشركة العنان مثل شركة العنان وأخص من شركة المفاوضة فكانت المفاوضة فوقها.

٢. لأن ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له.[٦]

أدلة القول الثاني:

لأن ذلك تمليك منه للتصرّف في مال الشريك الآخر بغير إذنه.[١]

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. وانظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٢/١١. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥.

٣ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٦/٦، ٣٤٧. الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥، ١١. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨١/٦، ٨٣. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. العدوي، حاشية العدوي، ٣٤٤/٦–٣٤٥، ٣٤٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٦٥/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٩/٥–١٠، ١١. البناني، الفتح الرباني، ٨١/٦. المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧، ٨١. القرافي، الذخيرة، ٦١/٨.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. وانظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٣/١١.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٣/٥.

٦ – ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. وانظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. السرخسي، المبسوط، ١٨٢/١١. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣.

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه أمر غير مسلّم به، بل الشريك وإن كان صاحب تصرف المال ، إلا أن ذلك لا يخوّله حق منح ذلك الحق لغيره سواء في بعض المال أو جميعه، كما أن المستأجر ليس أن يؤجر ولا المستعير أن يعير.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لأن في ذلك إيجابا حقا للغير في مال الشركة لم يرض به شريكه، ولأن شريكه رضي بشركته وتصرّفه هو ولم يرض بشركة غيره وتصرّف غيره، والله تعالى أعلم.

الفرع الثالث: تصرّف الشريك بمضاربة أجنبي بمال الشركة:

إذا أراد أحد الشريكين في شركة العنان أو المفاوضة ــ عند القائلين بها ــ مضاربة أجنبي بمال الشركة أو بجزء منه، بأن يتعاقد معه على أن يدفع إلى الأجنبي بعض مال الشركة أو كله على أن يعمل فيه ويتجر ببدنه والربح بينهما، فقد اختلف الفقهاء في جواز هذا التصرّف للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد من إذن شريكه بذلك؟ على ثلاثة أقوال، وسبب الاختلاف هنا يعود إلى كون هذا التصرف يوجب حقوقا لغير الشريكين في المال لم يرض بها شريكه:

القول الأول: لا يجوز للشريك أن يضارب أجنبيا بمال الشركة مطلقا إلا بإذن شريكه.

وإليه ذهب أبو حنفية **في رواية**[٢] **والشافعية**[٣] **والحنابلة في الصحيح** من المذهب [٤] **والجعفرية**.[٥]

وقد اكتفى كل من **الحنفية والحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا الإذن الصريح، فإن قال كل منهما للآخر: "اعمل برأيك" جاز لكل منهما أن يضارب غيره بمال الشركة، لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من

---

١ – الدردير، الشرح الكبير، ١١/٥. وانظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٧/٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٣/٦.

٢ – المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٦/١١. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. البابرتي، العناية، ١٨٣/٦.

٣ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٣/٦.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٤/٥. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣، ٥٠٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢، ٣٢٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣، ٥٠٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.

٥ – الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٠٥/٢٦.

التجارة ومنها مضاربة غيره بمال الشركة [١]، في حين اشترط **الشافعية** لجواز ذلك الإذن الصريح.[٢]

وعليه فلو خالف الشريك فدفع مال الشركة أو جزء منه إلى آخر مضاربة بغير إذن شريكه ضمن ما يحصل في المال من تلف أو خسر، فإن سلم وعمل فيه المضارب فربح، يكون ربح المال لربه من الشريكين، وهل يستحق المضارب أجرة على عمله؟ **للحنابلة** فيه ثلاثة آراء: الأول: لا أجرة للثاني على ربه والثاني: بل يستحق الأجرة على ربه، والثالث: يستحق الأجرة على الشريك الدافع مع جهله بالحال، ومع علمه لا شيء له.[٣]

القول الثاني: يجوز للشريك أن يضارب أجنبيا بمال الشركة مطلقا بغير إذن شريكه.

وإليه ذهب **الحنفية في الأصح** وهو ظاهر الرواية[٤]، وهو وجه مخرج **للحنابلة** بناء على توكيل الوكيل.[٥]

القول الثالث: يجوز للشريك أن يضارب أجنبيا بمال الشركة بغير إذن شريكه إن اتسع المال بحيث يحتاج إلى ذلك، وإلا منع بغير إذنه.

وإليه ذهب **المالكية**.[٦]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الشركة تنعقد على التجارة وليست ذلك من التجارة ولا من توابعها الغالبة فلا

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٢ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٤٨٢/٦–٤٨٣.

٣ – انظر: ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.

٤ – المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١، ١٧٦،١٨٠. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٣/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢،٩٩/٥. البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. العيني، البناية، ٤٠٦/٧.

٥ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٤/٥. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.

٦ – الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٠/٦–٨١. الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥. الحطاب، مواهب الجليل، ٧٩/٧. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٩/٥. المواق، التاج والإكليل، ٨٠/٧–٨١. القرافي، الذخيرة، ٥٩/٨، ٦٠، ٦١. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٧/٢.

يملكها.[١]

٢. لأن ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له.[٢]

٣. لأن عقد المضاربة نوع شركة، لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح، فيكون بمنزلة عقد الشركة، وليس لأحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة، فكذا لا يدفعه مضاربة.[٣]

اعتراض:

اعترض على الاستدلال بكون المضاربة نوع شركة فلا يملكها الشريك، بأنه استدلال غير سديد، لأن الشركة فوق المضاربة لا مثلها، لأنها توجب الشركة في الأصل والفرع، والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل، كما أنه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة لأنها دونها، والشيء يستتبع ما هو دونه، ولا يستتبع ما هو فوقه أو مثله، لأن ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد، وإنما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه، والمضاربة دون الشركة، ولهذا لا يملك المضارب أن يدفع المال مضاربة بمطلق العقد، لأن المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل لأنه دون المضاربة والوكيل لا يملك أن يوكل غيره بإطلاق الوكالة، لأن الوكالة مثل الوكالة.[٤]

أدلة القول الثاني:

١. لأن المضاربة دون الشركة، بدليل أن الشركة توجب الشركة في الأصل والفرع، والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الأصل، كما أنه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يستحق المضارب شيئا من الربح، فيمكن جعل المضاربة مستفادة بعقد الشركة، لأنها دون الشركة فتضمنتها الشركة، لأن الشيء يستتبع ما هو دونه، بخلاف الشركة حيث لا يملكها، لأن الشيء لا يستتبع مثله أو فوقه، إذ يلزم

---

١ – انظر: التنوخي، الممنع، ٣٨٧/٣. الكركي، جامع المقاصد، ٢٢/٨.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣–٥٠١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢.

٣ – البابرتي، العناية، ١٨٣/٦. وانظر: العيني، البناية، ٤٠٦/٧. السرخسي، المبسوط، ١٧٦/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٤٩/٤–٢٥٠. المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٦/١١.

المحال منه وهو أن يكون مثل الشيء دونه.[١]

٢. لأن الشريك يملك أن يستأجر أجيرا يعمل في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة فلأن يملك الدفع مضاربة ببعض الخارج من العمل من باب أولى لأنه تحصيل بدون ضمان في ذمته، وذلك لأن الأجير يستحق الأجر سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل ويكون المستأجر ضامنا للأجرة، في حين يتصرّف المضارب ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة، فهو لا يستحق شيئا بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح، فإن لم يحصل الربح فلا يجب له على ربّ المال شيء، وبالتالي فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى لأن هذا أنفع لهما.[٢]

٣. لأنه بالدفع إلى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرّف وكيلا وبالربح أجيرا، والشركة فيه ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الأجر من الربح مشاعا، فله أن يفعل هذه الأشياء كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع.[٣]

٤. لأن الشركة في المضاربة غير مقصودة، وإنما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين.[١]

اعتراض:

١. يعترض على دعوى أن المضاربة دون الشركة فيملكها، بأنه دعوى غير مسلّم بها، لأن هذا ضابط عند **الحنفية**، فلا يصح الاستدلال به.

٢. كما يعترض على قياس الشريك على المستأجر بأنه قياس مع الفارق، إذ ما في المضاربة هنا يفارق ما في الاستئجار، لأن التصرّف في الإجارة مقيد بما يأمر به الشريك المستأجر ويريده، فليس للأجير التصرّف في المال إلا ضمن ما طلب منه إنجازه والقيام به لا كما يحلو له أو يشاء، فتصرّف الأجير محصور في تصرّف بعينه لا يتعداه كالنقل أو الحراسة

---

١ – انظر: البابرتي، العناية، ١٨٣،١٨٤/٦. العيني، البناية، ٤٠٦/٧، ٤٠٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. السرخسي، المبسوط، ١٧٦/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣/٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤،١٨٣/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. بتصرّف

٢ – انظر: البابرتي، العناية، ١٨٤/٦. العيني، البناية، ٤٠٦/٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٣،٩٩/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٥/١١–١٧٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. بتصرّف.

٣ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤.

ونحو ذلك، في حين يكون المضارب الذي دفع إليه مال الشركة مضاربة له مطلق التصرّف في المال وتقليبه بما يراه محققا للربح، فتصرّف المضارب منوط أو مقيد بما يحقق الاسترباح والمصلحة للمال، حتى لو خالف المصلحة بتصرّفه ضمن كأن سافر في طريق مخوف فضاع المال، فوظيفته هي العمل للاسترباح، في حين يكون تصرّف الأجير مقيداً أو منوطاً بما طلب منه إنجازه ولو كان على خلاف مصلحة المال، كأن استؤجر لنقل المال في طريق مخوف فضاع المال فلا يضمن، فوظيفته هي العمل لإنجاز المطلوب فقط، فالمضارب أعم وأوسع تصرّفا من الأجير فلا يصح القياس عليه.

٣. كما يعترض على دعوى أن الدفع مضاربة إيداع ووكالة وإجارة فجازت تلك الأمور مجتمعة، بأنها دعوى غير صحيحة ، وذلك لأن المضاربة وإن كانت إيداع من وجه ووكالة من وجه وإجارة من وجه، إلا أنها تختلف عنها جميعا باختصاصها بأحكام مستقلة، فالشركة والمضاربة معاملة وعقد مستقل له أحكامه وإن كان يتشابه ويشترك مع غيره من العقود بوجه من الوجوه، ولكن ذلك لا يلزم منه أن تنسحب عليها أحكام تلك العقود، وبالتالي فلا يصح الاستدلال به هنا.

٤. كما يعترض على دعوى أن مقصود الشركة متحقق في الدفع مضاربة بأن تحصيل الربح وإن كان مطلوبا ومقصودا في الشركة إلا أنه لا بد أن يدور ضمن حدود ما تم الاتفاق عليه، ومما تم الاتفاق عليه أن يكون الربح بين الشريكين، وبالدفع مضاربة تم تغيير أحد بنود العقد بإدخال طرف ثالث يقاسمانهما ربح المال.

أدلة القول الثالث:

استدل **المالكية** لعدم الجواز إن لم يتسع المال بأن ذلك وضع يدٍ على المال لم يرضها شريكه فلا يملكها[٢]، في حين لم أقف فيما اطلعت عليه على وجه لهم للجواز في حال اتساع المال، والله تعالى أعلم.

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن لا مسوغ للتفريق بين اتساع المال وعدمه، لوجود المعني المانع ــ الذي لأجله منع **المالكية** الدفع مضاربة في المال غير المتسع ــ في المال المتسع.

---

١ – البابرتي، العناية، ١٨٣/٦-١٨٤. العيني، البناية، ٤٠٦/٧.وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٤٩/٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥. المرغيناني، الهداية، ١٨٣/٦-١٨٤.

٢ – القرافي، الذخيرة، ٦٠/٨.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول،** وذلك لأن هذا التصرّف منه يوجب حقوقا لغير أطراف العقد في مال الشركة لم يرض به شريكه، فشريكه رضي بأمانته هو وبكون المال في يده هو، ولم يرض بأمانة غيره ولا بكون المال في يد غيره، كما أنه رضي بأن يتصرّف هو في المال ويقلبه لتحصيل الربح لا بأن يتصرّف فيه غيره، ورضي باشتراكه هو في الربح معه لا باشتراك غيره معه فيه، كما أن هذا التصرّف ليس من التجارة ولا من توابعها المتعارف عليها عند التجار فلا يملكها، لأن الشركة تنعقد على التجارة، الله تعالى أعلم.

المبحث الثالث

تصرّفات الشريك في عقود التبرعات والهبات

المطلب الأول: تصرّف الشريك بالتبرع والهبة من مال الشركة:

إذا أراد أحد الشريكين أن يتبرع أو يتصدق أو يهب لآخر من مال الشركة، فإما أن يكون ذلك ابتداء بأن يعطي غيره شيئا من مال الشركة على وجه التبرع والهبة نقدا كان أو عرضا، وإما أن يكون طارئا بعد البيع واستحقاق الثمن أو الدين في ذمة المشتري، كأن يبيع شيئا لآخر بثمن حال أو مؤجل، فيتبرع ويهب له بعض الثمن والدين أو جميعه، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالحطّ والإبراء:

الفرع الأول: تصرّف الشريك بالتبرع والهبة ابتداء:

إذا أراد أحد الشريكين أن يتبرع أو يتصدق أو يهب لآخر من مال الشركة ابتداء، بأن يعطي غيره شيئا من مال الشركة نقدا كان أو عرضا كثوب أو طعام ونحوه، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد من إذن شريكه له بذلك؟ على ثلاثة أقوال، ويعود سبب الخلاف الواقع بينهم إلى اختلافهم في مدي تحقق المصلحة أو وقوع الضرر بذلك التصرف:

القول الأول: لا يجوز للشريك أن يتبرع أو يتصدق أو يهب لآخر من مال الشركة إلا بإذن شريكه، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **الحنفية**[١] والحنابلة.[٢]

إلا أن **الحنفية** استثنوا من حكم المنع السابق التبرع بالفاكهة واللحم والخبز وأشباه ذلك مما يتهاداه الناس ويتسامحون به، حيث يجوز ذلك للشريك استحسانا بغير إذن شريكه، وإن كان القياس يقتضي عدم جواز ذلك له، لأنه يتصرّف في نصيب شريكه بخلاف ما أمره به، فإنه أمره بالتجارة، وذلك ليس بتجارة، إلا أنه استحسن جوازه لأنه من توابع التجارة وصنيع التجار، وقد لا يجد التاجر منه بدا، ولأن العبد المأذون يجوز له أن يدعو المجاهدين إلى طعامه ويهدي إليهم المطعوم ليجتمعوا عنده، والمأذون غير مالك لشيء من المال إنما هو تاجر، والشريك

---

١ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. السرخسي، المبسوط، ١٨٠/١١، ١٩٣، ١٩٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٥/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥.

٢ – ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٥/٣، ٥٠٨. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣، ٥٠١، ٥٠٢. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.ابن مفلح، المبدع، ٩/٥، ١٣. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧، ١٣١.

تاجر مالك لنصف المال، فلأن يملك ذلك كان أولى، وإنما استحسن ذلك في الفاكهة واللحم والخبز وأشباه ذلك مما يؤكل ــ بخلاف غيرها من الأموال كالفضة والذهب والأمتعة ــ لأنه إهداء ذلك إلى المجاهدين من صنيع التجار، فأما في سائر الأموال الهبة فيها ليس من صنيع التجار والمرجع في معرفة الفرق بينهما إلى العرف.[١]

وقد اشترط أصحاب هذا القول لجواز ذلك الإذن الخاص والصريح بعينه من شريكه، ولا يكفي فيه الإذن العام (التفويض)، فلو قال له شريكه: "اعمل برأيك" لم يجز له التبرع ولا الهبة من مال الشركة بذلك، لأن قوله اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة، فلا يملكه له.[٢]

وعليه فإن خالف فتبرع أو وهب شيئا من مال الشركة بغير إذن شريكه نفذ في حصته دون حصة شريكه إن وجد شرط الهبة من التسليم والقسمة فيما يقسم، لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه.[٣]

القول الثاني: يجوز للشريك التبرع والهبة من مال الشركة بغير إذن شريكه إن قصد به الاستئلاف به للتجارة ــ أي ليستألف به قلوب الناس ويرغبهم في الشراء منه في المستقبل ــ ولو كان المتبرع به كثيرا، كما يجوز له التبرع والهبة بالقليل ولو لم يقصد بذلك الاستئلاف للتجارة بأن كان على وجه المعروف المحض، كدفع كسرة خبز وشربة ماء لسائل أو فقير ونحو ذلك، فإن لم يكن التبرع بقصد الاستئلاف وكان المتبرع به كثيرا فلا يجوز له ذلك إلا بإذن شريكه.

وإليه ذهب **المالكية** [٤]

والكثرة والقلة معتبرة بالنسبة لمال الشركة[١]، كما أن مقدار التبرع لأجل الاستئلاف يرجع فيه

---

١ –انظر: السرخسي، المبسوط، ١٩٢/١١–١٩٣. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٢/٥.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٥/٦. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣.

٣ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦.الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٤/٦. السرخسي، المبسوط، ١٩٣/١١.ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧.

٤ – الآبي، جواهر الإكليل، ١١٦/٢. الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٠/٦. الدردير، الشرح الكبير، ٩/٥. الحطّاب، مواهب الجليل، ٧٨،٧٩/٧. المواق، التاج والإكليل، ٧٩/٧.

للعادة، فإن كثر وزاد فيرد الزائد على ما يراد به الاستئلاف.[٢]

وعليه فإن خالف فتبرع بكثير لا على وجه الاستئلاف للتجارة بغير إذن شريكه نفذ في حصته وحده ولا يلزم شريكه منه شيء.[٣]

__القول الثالث:__ لا يجوز التبرع للشريك بغير إذن شريكه إلا إذا كان فيه مصلحة للمال، فإن كان فيه مصلحة جاز، وإلا فلا، فإن خالف ففعل نفذ في حصته دون حصة شريكه.

وإليه ذهب **الأباضية**.[٤]

__عرض الأدلة:__

__أدلة القول الأول:__

١. لأن الشركة انعقدت على التجارة، وليس التبرع والهبة تجارة[٥]، ولا من صنيع التجار فلا يملكها.[٦]

٢. لمنافاته مقصود الشركة وهو طلب الربح، إذ إن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها، والتبرع والهبة تمليك للمال بغير عوض فكان بمنزلة إتلاف للمال.[١]

__اعتراض:__

يعترض على ما سبق بأن التبرع المجرد وإن كان منافيا لمقصود الشركة ولا يعدّ من التجارة ، إلا أنه إذا تحققت من وراء التبرع مصلحة ومنفعة لمال الشركة، أصبح التبرع حينئذ من توابع التجارة ووسيلة لتحقيق مقصود الشركة ، وكان تبرعا صورة معاوضا مضمونا، وتحوّل من كونه إتلافا وتمليكا للمال بغير عوض إلى مبادلة وتمليكا له بعوض.

__أدلة القول الثاني والثالث:__

لم أجد فيما اطلعت عليه أدلة للقول الثاني والثالث، والله تعالى أعلم.

---

١ – الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٨٠/٦.

٢ – الحطّاب، مواهب الجليل، ٧٩/٧. وانظر: القرافي، الذخيرة، ٥٩/٨.

٣ – انظر: الآبي، جواهر الإكليل، ١١٦/٢. المواق، التاج والإكليل، ٧٩/٧. الحطّاب، مواهب الجليل، ٧٩/٧.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٤١٥/١٠.

٥ – التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣.

٦ – السرخسي، المبسوط، ١٩٣/١١.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** ، ولكن ينبغي أن لا يتجاوز بمقدار المتبرع به الحد المعتاد عند التجار في جميع الحالات المذكورة سواء ما كان جائزا بأصله لوجود المصلحة أو لكونه قليلا، أو جائزا بإذن شريكه له بذلك، و**وجه الرأي المختار** ما يلي:

أ. وجه جواز التبرع بالكثير وهبته إن كان فيه مصلحة:

١. لأن المقصود الأساسي لعقد الشركة هو الاسترباح، وتصرّف الشريك في مال الشركة منوط بما يحقق هذا المقصود، فيملك الشريك كل تصرّف يؤدي إلى تحصيل الأرباح، وذلك متحقق في التبرع والهبة من مال الشركة إن كان فيه مصلحة الشركة، إذ هو تصرّف لا يخرج عن كونه من قبيل تلك التصرّفات التي تحقق مقصود عقد الشركة، وذلك لأنه إذا تبرع ووهب استئلافا وترغيبا للناس ليشتروا منه في المستقبل، فإنه بذلك يشيع جوا من الثقة والاطمئنان بين التاجر وزبائنه، إذ إن النفوس جبلت على محبة من أحسن إليها، بل قلما تجد تاجرا ناجحا يستغني عن مثل ذلك التصرّف على هذا الوجه، لأن التاجر الناجح هو من يستطيع كسب ثقة زبائنه ومحبة عملائه ببذل شيء من تجارته مجانا لهم، فإذا حاز ثقتهم وولّد فيهم الرغبة للتعامل معه مستقبلا، فإنهم يعودون ليعاملوه ويشتروا منه مرارا وتكرارا، مما يعني زيادة في المبيعات وكثرة في إبرام العقود، مما يؤدي إلى زيادة الأرباح، وبذلك يتحقق مقصود الشركة.

٢. لأن الشريك مطالب بفعل ما هو الأصلح للشركة بأن يراعي في تصرّفاته مصلحة الشركة بجلب المنفعة لمالها ودفع الضرر عنه، وتصرّف الشريك بالتبرع والهبة لمصلحة لا يتعدى إطار قيامه بفعل الأصلح لمال الشركة.

٣. لأن عادة التجار جارية ببذل شيء من مال التجارة استئلافا وترغيبا أو تحقيقا لمصلحة ما للشركة، بل قلما تجد تاجرا ناجحا يستغني عن مثل ذلك التصرّف باعتباره وسيلة لكسب ثقة العملاء ومحبتهم، ولذا نرى التجار يتسابقون بطرح العروض المجانية لسلعهم وبضائعهم في الأسواق مما يشجع المشتريين على الإقبال على شرائها، والشركة تنعقد على عادة التجار.

٤. لأن التبرع إذا كان يعود على الشركة بمنفعة وفائدة فهو بمنزلة البيع والمعاوضة، فكأنه بذل المتبرع به مقابل المنفعة والفائدة التي تتحقق للشركة، فهو بدل ببدل وعوض بعوض،

---

١ – انظر: الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٥/٦. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٥/٣–٥٠٦. بتصرّف.

إذ هو لم يبذل ذلك دون مقابل حتى يكون ضررا محضا وإتلافا وإنقاصا للمال، بل بذله بعوض ومقابل تلك المصلحة أو المنفعة التي تحصل لمال الشركة فجاز ذلك.

٥. لأن الحطّ من الثمن بعد العقد – وهو تبرع – إذا كان لمصلحة كعيب ونحوه فهو جائز اعتبارا للمصلحة، فكذلك ينبغي أن يجوز التبرع ابتداء إذا كان لمصلحة كاستئلاف اعتبارا للمصلحة أيضا، إذ لا فرق بين المسألتين، وليس هناك ما يمنع من اعتبار المصلحة في أحد الموضعين دون الآخر.

٦. لأن شبهة المحاباة والتهمة منتفية هنا، وذلك لأمرين:

<u>الأمر الأول</u>: لأن معنى المحاباة غير متحقق هنا، إذ إن المحاباة هي دفع من جانب دون أن يحصل على مقابل أو عوض دنيوي من الجانب الآخر، أما في هذا التصرّف فالشريك دفع ما دفع في مقابل عوض يحصل للشركة من الجانب الآخر، فلو انعدمت المنفعة في تصرّفه فإن الشريك لا يبذل له شيئا أصلا، فكان فيه معنى المعاوضة غالبا على معنى المحاباة.

<u>الأمر الثاني</u>: لأن جانب المصلحة راجح على جانب المحاباة لضعف شبهة المحاباة في مثل هذا التصرّف على الوجه المذكور، وذلك لكون الشريك له ملك ونصيب في المال، مما يدفعه ذلك بأن يكون أكثر حرصا في أن لا يتصرّف في المال بمحاباة، لأنه يعلم بأن تلك المحاباة إذا وقعت منه فإنها ستقع في جزء من ملكه ونصيبه من المال، فتذهب بجزء من ماله، والإنسان بطبيعته حريص على حفظ ماله وصيانته وتجنيبه من كل ما ينقصه، وهذا بخلاف ما لو لم يكن له نصيب في المال كالمضارب، حيث قد يتساهل ويتهاون في حفظه وصيانته لكون المال ليس بماله، فكانت شبهة المحاباة والتهمة في المضارب قوية وراجحة.

ب. <u>وجه جواز التبرع بالقليل وهبته وإن لم يكن فيه مصلحة</u>: لأن ذلك مما جرت به عادة التجار بالمسامحة بمثله، والشركة تنعقد على عادة التجار، ولأن له أن يبيع أو يشتري بغبن يسير مما يتغابن الناس به، فكذلك ما لو تبرع باليسير الذي يتسامح الناس به عادة.

ج. <u>وجه عدم جواز التبرع بالكثير وهبته إن لم يكن فيه مصلحة</u>: لأن الأصل في التبرع على هذا الوجه هو المنع لأنه محض ضرر وتنقيص وإتلاف للمال وتصرّف في مال الغير بخلاف ما أذن به، كما أنه ليس من عادة التجار ولا عرفهم، وإنما أجزناه في الوجه السابق اعتبارا لجانب المصلحة التي يحققها للشركة، فإذا انتفت المصلحة في مثل هذا التصرّف رجع الحكم إلى أصله وهو المنع، إذ الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، والله

تعالى أعلم.

الفرع الثاني: الحطّ والإبراء من الثمن والدين:

إذا أبرم الشريك عقدا بيع لشيء من مال الشركة بثمن حال لم يقبضه بعد أو بثمن مؤجل، فإما أن يحطّ الشريك عن المشتري المدين بعض الدين أو يبرئه من جميع الثمن أو الدين:

أولا: الحطّ من الثمن أو الدين:

وحطّ الشريك لبعض الثمن عن المشتري إما أن يكون لمصلحة ومنفعة تعود على مال الشركة، وإما أن يكون لغير مصلحة للشركة، بأن يكون على وجه المعروف دون أن يعود على مال الشركة بمنفعة ولا فائدة دنيوية:

الحالة الاولى: الحطّ من الثمن والدين لأجل مصلحة مال الشركة:

إذا كان الحطّ من الثمن والدين لأجل مصلحة ومنفعة تتحقق للشركة، **فلا خلاف بين الفقهاء** ــ فيما اطلعت عليه ــ في جواز الحطّ من الثمن والدين إذا تحققت به مصلحة للشركة لا تتحقق بدونه كالوكيل المفوض، كأن كانت السلعة التي باعها للمشتري معيبة بعيب لم يعلم المشتري به، فردها المشتري بخيار العيب على الشريك البائع فللشريك أن يحطّ من ثمنها عن المشتري مقابل أن يقبل بها المشتري ولا يردها عليه، وكأن يكون الحطّ من الثمن طريقا لاستيفاء الثمن بحيث لا يتمكن الشريك من استيفاء الثمن إلا بالإبراء من بعضه لشوكة المدين أو مماطلته فيجوز له ذلك، أو يكون قد حطّ عنه من الثمن نظرا واستئلافا في التجارة ليعود إليه ويشتري منه ويعامله في المستقبل فيجوز له ذلك عندئذ، إلا أن يكثر فيه الحطّ فيرد الزائد على ما يراد به الاستئلاف، ومقدار التبرع لأجل الاستئلاف يرجع فيه للعادة.[١]

وجه الاتفاق:

١. لأن ذلك من عادة التجارة.[٢]
٢. لوجود الحظ والمنفعة في ذلك.[٣]

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١١٦/٢. الحطّاب، مواهب الجليل، ٧٨/٧، ٧٩. القرافي، الذخيرة، ٥٩/٨. الدردير، الشرح الصغير، ٢٩٥/٣. ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. ابن قائد، حاشية المنتهى، ١٢/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣، ٥٠٥–٥٠٦. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. ابن مفلح، المبدع، ٨/٥، ٩.

٢ – البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣.

٣ – انظر: ابن مفلح، المبدع، ٨/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٣/٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢.

الحالة الثانية: الحطّ من الثمن والدين على وجه المعروف دون وجود مصلحة لمال الشركة:

أما إن كان الحطّ من الثمن أوالدين على وجه المعروف الذي يسدى إليه دون أن يعود ذلك بمنفعة أو فائدة أو مصلحة على مال الشركة **فلا خلاف بين الفقهاء** في أنه لا يجوز ذلك للشريك بغير إذن شريكه، فإن حطّ من الثمن عن المشتري بغير إذن شريكه لغير فائدة نفذ في حصته وحده ولزم في حقه وبطل في حق شريكه.[١]

ويشترط لجواز ذلك الإذن الخاص والصريح بعينه من شريكه، ولا يكفي فيه الإذن العام (التفويض)، فلو قال له شريكه: "اعمل برأيك" لم يجز له الحطّ من الثمن، لأنه بقوله اعمل برأيك إنما فوض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة، فلا يملكه له.[٢]

وجه الاتفاق:

١. لأن الحطّ من غير علة أو فائدة تبرع، إذ هو تمليك بغير عوض، والإنسان يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره.[٣]

٢. لأنه ليس بتجارة[٤]، والشركة تنعقد على التجارة.

ثانيا: الإبراء من الثمن أو الدين:

إذا أراد الشريك إبراء المشتري المدين من جميع الثمن أو الدين، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك على قولين، وسبب الاختلاف يعود إلى اختلاف نظرتهم بين اعتبار الإبراء إضرار بمال الشركة وأنه لا يعد من وسائل تنميته، وبين اعتباره من حقوق العقد التي ترجع للعاقد، وقياس حكمه هنا على حكمه في الوكالة:

القول الأول: لا يجوز للشريك الإبراء إلا بإذن شريكه مطلقا سواء كان هو الذي ولي العقد أو لا، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **أبو يوسف** من **الحنفية**[١] **والحنابلة**.[٢]

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦. الحطّاب، مواهب الجليل، ٧٨/٧، ٧٩. القرافي، الذخيرة، ٥٩/٨. المواق، التاج والإكليل، ٧٩/٧. ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣.

٢ – انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٥. ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢.

٤ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٨/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣.

وقد اشترط أصحاب هذا القول لجواز ذلك الإذن الخاص والصريح بعينه من شريكه، ولا يكفي فيه الإذن العام (التفويض)، فلو قال له شريكه: "اعمل برأيك" لم يجز له الإبراء من الثمن، لأن قوله اعمل برأيك تفويض الرأي إليه فيما هو من التجارة وهذا ليس من التجارة، فلا يملكه له.(٣) وعليه فإن خالف الشريك في ذلك فأبرأ المشتري من الثمن أو الدين بغير إذن شريكه، فلا ينفذ ذلك إلا في حصته ويلزم به وحده، ويبطل في حصة شريكه ولا يلزم شريكه بشيء منه.(٤)

القول الثاني: يجوز للشريك الذي تولى البيع الإبراء من الثمن أو الدين بغير إذن شريكه وينفذ في حصته وحصة شريكه، إلا أنه يضمن نصيب شريكه منه، أما إذا كان الذي أبرأ هو الشريك الآخر الذي لم يتولى البيع لم يجز له ذلك في نصيب شريكه ونفذ في نصيبه وحده.

وإليه ذهب أبو حنفية ومحمد.(٥)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن شريكه إنما أذن له في التجارة وليس الإبراء داخلا فيها.(٦)

٢. لأنه تبرع فجاز في حقه دون شريكه كالصدقة.(٧)

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥، ١٩٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦، ٣٨٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٥.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. ابن مفلح، المبدع، ١٣/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. المرداوي، الإنصاف، ٤٢١/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٢/٣.

٣ – ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥. ابن قدامة، المغني، ١٣١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢.

٤ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٣/٥، ١٩٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٣/٦، ٣٨٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٥. ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. ابن مفلح، المبدع، ١٣/٥. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٩/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤٢١/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٢/٣.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٢١٠/١١–٢١١.ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦. ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٤/٥.

٦ – التنوخي، الممتع، ٣٨٩/٣. وانظر: ابن مفلح، المبدع، ١٣/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣. السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١.

٧ – ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. وانظر: ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٧. ابن مفلح، المبدع، ١٣/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٢/٣.

٣. قياسا على الوكيل بالبيع: لأن الشريك في نصيب صاحبه وكيل بالبيع، والوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهبه له قبل القبض لم يجز إبراؤه **في قول** أبي يوسف فكذلك هذا في نصيب الشريك[١]، وذلك لأن الثمن في ذمة المشتري ملك للموكل، فإنه بدل ملكه لأنه إنما يملك البدل بملك الأصل، فإبراء الوكيل تصرّف في ملك الغير على خلاف ما أمره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه من المشتري.[٢]

أدلة القول الثاني:

١. وجه جواز ونفاذ إبراء الشريك من الثمن أو الدين إذا كان عاقدا وضمانه لنصيب شريكه: لأنه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع، والوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز **في قول** أبي حنيفة ومحمد، وكان ضامنا مثله للموكل[٣]، لأن الإبراء إسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل، فكان هو بالإبراء عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منهن إلا أن بقبضه يتعين ملك الآمر في المقبوض فإذا انسد عليه باب الاستيفاء فبإبرائه صار ضامنا.[٤]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الاستدلال بمسألة وكيل البيع لا يصلح للاستدلال به في مسألة الشريك هنا، لكونه أمر خلافيا بين الفقهاء غير متفق عليه، فلا يسوغ الاستدلال به على المخالف، كما لا يلزم أن تنسحب أحكام الوكيل على أحكام الشريك لفارق ما بينهما كما سبق بيانه.

٢. وجه نفاذ إبراء الشريك من الثمن أو الدين في نصيبه دون نصيب شريكه إذا كان غير عاقد: لأنه مالك لنصيبه فيجوز إسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل إذا أبرأ المشتري، فأما في نصيب البائع الشريك فليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وإبراؤه فيه.[٥]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الشريك وإن كان مالكا لنصيبه من مال الشركة، والذي هو جزء من رأس مالها، إلا أنه ليس له إنقاص رأس مال الشركة الذي تم الاتفاق وإبرام العقد عليه، لأن في ذلك تغييرا لبند من بنود العقد من غير رضى الطرف الآخر، كما لا يصح قياس الشركة هنا

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢١٠/١١–٢١١.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٣٥/١٩.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢١٠/١١–٢١١. وانظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٤/٦.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٣٥/١٩.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٢١١/١١.

على الوكالة لما سبق بيانه.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القــول، ولأن الإبراء بمنزلة إتلاف للمال، لأنه تمليك للمال بغير عوض وليس للشريك إتلاف المال، ولأن في تصرّفه بالإبراء شبهة المحاباة وتهمة الميل غالبة وظاهرة، والمحاباة في مال الشركة لغير فائدة للشركة لا يملكها الشريك فكذا الإبراء، فإن خالف ففعل ذلك نفذ في نصيبه وحده دون نــصيب شريكه، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: تصرّف الشريك بإخراج الزكاة من مال الشركة:

إذا وجبت الزكاة في مال الشركة بتحقق شروط وجوبها فيه، **فلا خلاف بين الفقهاء** في أنــه لا يجوز للشريك أن يؤدي زكاة نصيب شريكه من المال إلا بإذنه، أما نصيبه فيجوز لــه إخــراج زكاته بغير إذن شريكه، هذا ما صرح به **الحنفية** ولم أجد فيما اطلعت عليه من خالف ذلك.[(١)]

وعليه فلو خالف الشريك فأدى الزكاة عن المال كله بغير إذن الشريك فهــو ضــامن لنــصيب الشريك فيما أدى، لأن كل واحد منهما نائب عن صاحبه في التجارة واستنماء المال لا في أداء الزكاة، فكان متعديا فيما أدى من نصيب الشريك وذلك لا يجزئ من زكاة الشريك لانعدام نيتــه وأمره، فإن كان كل واحد منهما فعل ذلك كان كل واحــد منهمــا ضــامنا لــصاحبه نــصيبه، فيتعاوضان ويكون كل واحد منهما متطوعا فيما أدى زيادة على ما عليه حتى لا يرجع واحــد منهما على الفقير بشيء.[(٢)]

وجه الاتفاق:

١. وجه عدم جواز إخراج الشريك زكاة نصيب شريكه:

أ. لأنه لم يأذن له فيها لأن الإذن بينهما وقع في التجارة واستنماء المال والزكــاة ليــست منها.[(٣)]

ب. لأن أداء الزكاة من شرطه النية، وعند عدم الإذن لا نية له فلا تسقط عنه لعدمها.[(٤)]

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٣/٣٩-٤٠.المرغيناني، الهداية، ١٩٦/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٥/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٤٠/٣.

٣ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. وانظر: ابن عابــدين، رد المحتــار، ٣٩٥/٦. المرغينــاني، الهدايــة، ١٩٦/٦.

٤ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٩٥/٦.وانظر: السرخسي، المبسوط، ٤٠/٣.

٢. وجه جواز إخراج الشريك زكاة نصيبه: لأن ملك كل واحد من الشريكين في نصيبه المشترك كامل، فجاز له إخراج زكاته.[١]

وعليه فإذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بأداء الزكاة عنه، فإن أدى أحدهما جاز المؤدى عن زكاتهما[٢]، فإن أدى كل منهما الزكاة عن صاحبه، فإما أن يكونا قد أديا الزكاة في وقت واحد أو على التعاقب:

الحالة الاولى: إن أدى كل من الشريكين الزكاة معا:

صورة ذلك: أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه بأداء الزكاة عنه، فيؤدي كل منهما زكاته وزكاة شريكه بغيبة صاحبه ويتفق أداؤهما في وقت واحد، فقد اختلف الفقهاء فيما هل يضمن كل منهما لصاحبه ما أداه عنه من زكاته نصيبه من المال؟ على ثلاثة أقوال، ويعود سبب الاختلاف في تضمين الشريك الآخر أو عدم تضمينه إلى التفاوت بين اعتبار أن الشريك كان متصرفا بإذن عند إخراج زكاة شريكه، وقت صدور العزل له عن ذلك من قِبل شريكه بأداء زكاة نفسه، وبين اعتبار أن الزكاة المؤداة لم تقع موقعها لسقوطها بدفع شريكه لها:

القول الأول: يضمن كل منهما نصيب صاحبه مطلقا علم أو لم يعلم، فيتقاصا أو يرجع بالزيادة.

وإليه ذهب أبو حنفية [٣] **والحنابلة في المذهب** عندهم.[٤]

القول الثاني: لا يضمن أحد منهما ما أداه صاحبه عنه مطلقا علم أو لم يعلم، حيث يكون كل واحد منهما مؤديا زكاة نصيبه ولا رجوع لواحد منهما على صاحبه بشيء.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد[٥]الحنابلة **في قول**.[٦]

القول الثالث: لا يضمن إذا لم يعلم بإخراج صاحبه لزكاته.

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٣/٣٩–٤٠.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٣/٤٠.

٣ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٩٦. البابرتي، العناية، ٦/١٩٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٤/٢٥٧. المرغيناني، الهداية، ٦/١٩٦. الحصكفي، الدر المختار، ٦/٣٩٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٤/٢٥٧.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٣/١٦٢. البهوتي، كشاف القناع، ٢/٢٤٤. ابن قدامة، المغني، ٤/٢٦٢. ابن قدامة، الكافي، ١/٣١٩. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ١/٤٠٩–٤١٠. ابن مفلح، المبدع، ٢/٣٨٣. ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني المحرر في الفقه ، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ ، ١/٢٢٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٢/١٠٢.

٥ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٦/١٩٦. البابرتي، العناية، ٦/١٩٦. السرخسي، المبسوط، ٣/٤٠.

٦ – المرداوي، الإنصاف، ٣/١٦٢. ابن قدامة، المغني، ٤/٢٦٢. وقد جعله ابن قدامة احتمالا وقال معلقا: " وهذا أحسن " انظر: المغني نفس الصفحة.

وإليه ذهب **الحنابلة في قول**.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن أداء الموكل سابق على أدائه وإن أديا معا من حيث الحكم والاعتبار، لأن الموكل يتصرّف على نفسه بالأداء، وتصرّف الوكيل على الموكل فتصرّفه على نفسه أقرب من تصرّف الوكيل عليه فيصير سابقا معنى، كالوكيل بالبيع إذا باع وباع الموكل أيضا وخرج الكلامان معا ينفذ بيع الموكل.[٢]

٢. لأن كل واحد منهما انعزل من طريق الحكم عن الوكالة، لإخراج من عليه الزكاة زكاته بنفسه وسقوطها عنه، والعزل حكما يستوي فيه العلم وعدمه، بدليل ما لو وكل في بيع عبد فباعه الموكل أو أعتقه، وحينئذ يقع الدفع إلى الفقير تطوعا ولا يجوز الرجوع عليه به فيتحقق التفويت بفعل المخرج.[٣]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه وإن سلمنا بأن الشريك انعزل بإخراج الآخر زكاته وأن أدائه لزكاة نفسه سابق للأداء شريكه معنى، إلا أنه لا يلزم منه تضمينه بأي حال لكونه متصرفا بإذن، إذ التضمين إنما يكون عند التعدي والمخالفة ، والتعدي والمخالفة منه منتفيان هنا أصلا لوجود الإذن له بذلك.

أدلة القول الثاني:

١. لأن زكاة كل منهما تقع بما أداه بنفسه، وأداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل فلا يضمن.[٤]

٢. لأنه أداه بالأمر، ولا ضمان مع الأمر [٥]، لأنه غره بتسليطه على الإخراج وأمره به، ولم

---

١ – المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. وقد جعله ابن قدامة احتمالا انظر: المغني نفس الصفحة.

٢ – الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٥٧/٤. وانظر: العيني، البناية، ٤١٨/٧.

٣ – انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٢٤٤/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٤١٠/١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ١٠٢/٢–١٠٣. ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. ابن مفلح، المبدع، ٣٨٣/٢. المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣. ابن قدامة، الكافي، ٣١٩/١.

٤ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦.

٥ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦.

يعلمه بإخراجه، فكان خطر التغرير عليه، كما لو غره بحرية أمة [١]، وكما لو وكله في قضاء دين فقضاه بعد قضاء الموكل ولم يعلم. [٢]

أدلة القول الثالث:

بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم. [٣]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه لا عبرة لقيد العلم أو عدمه، لأنه يستحيل أن يتصور أن يعلم أحدهما بإخراج الآخر إذا كان الفعلان وقعا في وقت وزمن واحد.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** حيث لا يضمن أحدهما ما أداه عنه الأخر، لأن كلاً منهما قد أدى عن شريكه بأمر وإذن منه، ولا سبيل إلى الضمان مع وجود الأذن والأمر، ولو وجب الضمان لم يعد للأذن فائدة ولا معنى، وكل منهما مطالب بما في وسعه وطاقته وهو الأداء بناء على الإذن الممنوح لكل منهما وقد أتى بالأداء المأمور أو المأذون له به سواء وقع ذلك زكاة أو لم يقع كذلك لأمر ما لأن هذا الذي في وسعه، لأن عدم وقوع ما أداه كل منهما عن الآخر موقع الزكاة ــ لقيامهما بذلك في وقت واحد دون علمهما به ــ ليس في وسعهما ولا طاقتهما لخفاء ذلك عليهما، ولو أوجبنا الضمان على كل منهما للآخر لكان تغريرا له وإضرارا به بسبب لا يملكه وتكليفا له بما لا يستطيع، كما أنه لا عبرة لقيد العلم أو عدمه لأنه يستحيل أن يتصور أن يعلم أحدهما بإخراج الآخر إذا كان الفعلان وقعا في وقت وزمن واحد، والله تعالى أعلم.

الحالة الثانية: إن أدى كل من الشريكين الزكاة على التعاقب:

صورة ذلك: أن يأذن أحد الشريكين للآخر بأداء زكاة نصيبه من مال الشركة، فيؤدي الشريك الآذن أو الآمر بالزكاة قبل أداء الشريك المأذون له، فقد اختلف الفقهاء في وجوب ضمان ذلك على الشريك الثاني على ثلاثة أقوال، ويرجع سبب الاختلاف هنا إلى اختلاف نظرتهم بين اعتبار أن الشريك كان مخالفا بإيقاع الزكاة في غير موقعها لسقوطها بالدفع الاول، وبين اعتبار أن الشريك كان متصرف بإذن حينئذ:

القول الأول: يضمن الثاني اللاحق لشريكه ما أداه عنه الأول مطلقا، سواء علم بأداء صاحبه أو

---

١ - ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤.

٢ - المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣.

٣ - المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤.

لم يعلم.

وإليه ذهب أبو حنفية [١] **والحنابلة في المذهب** عندهم.[٢]

القول الثاني: لا ضمان على الثاني اللاحق إذا لم يعلم بأداء صاحبه، فإن علم ضمن للأول.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد **في رواية** عنهما [٣] وهو تخريج عند **الحنابلة**.[٤]

القول الثالث: لا ضمان على الثاني مطلقا علم بأداء صاحبه أو لم يعلم.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد **في الصحيح** عنهما[٥] **والحنابلة في قول**.[٦]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأنه أتى بغير المأمور به، لأن المأمور به إسقاط الفرض عنه بأداء الزكاة ولم يسقط به الفرض لأن المؤدى بعد أدائه لم يقع زكاة فصار مخالفا، لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب، إذ الظاهر أنه لا يلتزم الضرر بتنقيص المال إلا لدفع الضرر ببقاء الواجب في ذمته، وهذا المقصود حصل بأداء الآمر وعري أداء المأمور عنه فصار معزولا علم أو لم يعلم، لأنه عزل حكمي لا يشترط فيه علمه.[٧]

---

١ – المرغيناني، الهداية، ١٩٦/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦. السرخسي، المبسوط، ٤٠/٣. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٥/٦.

٢ – المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣. ابن قدامة، الكافي، ٣١٩/١. ابن مفلح، المبدع، ٣٨٣/٢. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٢٢٥/١. البهوتي، كشاف القناع، ٢٤٤/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٤١٠/١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ١٠٣/٢.

٣ – المرغيناني، الهداية، ١٩٦/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٥/٦. السرخسي، المبسوط، ٤٠/٣.

٤ – ابن المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣. ابن مفلح، المبدع، ٣٨٣/٢. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٢٢٥/١. قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. ابن قدامة، الكافي، ٣١٩/١. وجعله ابن قدامة احتمالا. انظر الكافي نفس الصفحة.

٥ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. السرخسي، المبسوط، ٤٠/٣. العيني، البناية، ٤١٨/٧.

٦ – المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣. ابن مفلح، المبدع، ٣٨٣/٢–٣٨٤.

٧ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. المرغيناني، الهداية، ١٩٦/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٧/٦. البابرتي، العناية، ١٩٦/٦. الحصكفي، الدر المختار، ٣٩٥/٦. البهوتي، كشاف القناع، ٢٤٤/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٤١٠/١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ١٠٣/٢. ابن قدامة، الكافي، ٣١٩/١. ابن مفلح، المبدع، ٣٨٣/٢.

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه وإن كان الشريك المأمور قد انعزل بأداء الشريك الآمر وأن الزكاة لم تقع موقعها لسقوطها بالأداء الأول، إلا أن ذلك يقتضي بأي حال تضمينه اذا لم يعلم بالعزل، لكون الشريك لا يعدّ مخالفا بذلك ، لأنه حينئذ كان متصرفا بالإذن ممتثلا للأمر، ولا سبيل إلى التضمين إلا بالمخالفة والتعدي.

أدلة القول الثاني:

١. لأنه مأمور بالأداء وقد أتى به فلا يضمن للموكل لأنه ليس في وسعه إيقاعه زكاة لتعلقه بنية الآمر، وإنما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الأداء [١] فإن لم يعلم فلا يضمن لأن المالك غره.[٢]

٢. بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم.[٣]

أدلة القول الثالث:

١. لأنه مأمور بالأداء وقد أتى به فلا يضمن للموكل لأنه ليس في وسعه إيقاعه زكاة لتعلقه بنية الآمر، وإنما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه إلا الأداء.[٤]

٢. لأنه غره، وكما لو وكله في قضاء دينه فقضاه المالك قبل الوكيل.[٥]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه لما أخرج الزكاة مع علمه بالعزل، تبين أن ذلك كان في وسعه وطاقته وأنه لم يكن مغررا به حينئذ، وبالتالي كان بتصرفه هذا مخالفا متعديا فيلزمه الضمان.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، وذلك لأنه في حالة عدم العلم لم يكن الشريك الثاني مخالفا حتى يضمن، إذ إنه كان مأمورا بالأداء بأمر من شريكه، وقد أتى به فلا يضمن للموكل، ولا سبيل إلى تضمينه بدعوى أن المال المدفوع لاحقا لم يقع زكاة لأنها سقطت بالدفع

---

١ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. المرغيناني، الهداية، ١٩٦/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦–١٩٧.

٢ – ابن قدامة، الكافي، ٣١٩/١.

٣ – ابن مفلح، المبدع، ٣٨٣/٢. المرداوي، الإنصاف، ١٦٢/٣.

٤ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/٤. المرغيناني، الهداية، ١٩٦/٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٩٦/٦–١٩٧.

٥ – ابن مفلح، المبدع، ٣٨٤/٢.

الأول، لأنه ليس في وسعه إيقاعه زكاة لتعلقه بنية الآمر عندئذ لخفاء ذلك عنه، وإنما يلزمه ما كان في وسعه، وليس في وسعه إلا الأداء في حالة عدم العلم، فعدم علمه يمنع من تحققه من وقوع ما أداه عن الزكاة أم لا، وعليه فلا سبيل إلى الضمان مع وجود الأذن والأمر وعدم العلم، أما في حالة العلم فقد صار عالما بأن الفرض الواجب على شريكه بإخراج الزكاة قد سقط عنه بأداء الشريك السابق وأن دفعه لمال بعد ذلك بقصد إسقاط الفرض الساقط أصلا لا يقع زكاة، وبالتالي فإن أداه مع علمه بأنه لا يقع زكاة قد صار مخالفا متعديا فيضمن لأنه أتى بغير المأمور به حينئذ، كما أن علمه بإخراج شريكه لزكاته هو بمنزلة إلغاء الشريك لتوكيله وأمره له بإخراج الزكاة، فلا يتصرّف بذلك،والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: تصرّف الشريك بالسفتجة أخذا وإعطاء:[١]

إذا أراد الشريك التعامل بالسفتجة فإما أن يأخذ بمال الشركة سفتجة وإما أن يعطي به سفتجة:

الفرع الأول: تصرّف الشريك بالسفتجة أخذاً:

إن أخذ بمال الشركة سفتجة فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للشريك، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد لجوازه له من إذن شريكه؟ على قولين، ويرجع سبب الاختلاف هنا إلى مدى انطواء هذا التصرف على الإضرار بمال الشركة أو انتفائه منه:

القول الأول: لا يجوز للشريك أن يأخذ بمال الشركة سفتجة إلا بإذن شريكه، فأن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة[٢] **والحنابلة في المذهب** عندهم.[٣]

وقد اكتفى **الحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا التصريح، فإن قال له

---

١ – السفتجة بفتح السين وضمها وفتح التاء والجمع سفاتج، وهو نوع من المعاملة يأمن بها الشخص من خطر الطريق، والمراد بالأخذ سفتجة: أن يدفع إلى إنسان شيئا من مال الشركة على سبيل القرض ويأخذ منه كتابا إلى وكيله ببلد أو سوق آخر ليستوفي منه ذلك المال للشركة، والمراد بالإعطاء سفتجة: أن يأخذ أو يشتري الشريك من إنسان عرضا للشركة ويعطيه بثمن ذلك كتابا إلى وكيله ببلد أو سوق آخر ليستوفى البائع منه ثمن ما اشتراه. انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣/٢-٣٢٤. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.

٢ – ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٢/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. العيني، البناية، ٣٨٤/٧.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢،٣٢٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

شريكه: "اعمل برأيك " فله عمل ما يقع في التجارة ومنها أخذ السفتجة ودفعها، لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف في التجارة وقد يرى المصلحة في هذا.[(١)(٢)]

وعليه فإن خالف فأخذ سفتجة بغير إذن فلا يلزم به شريكه ويضمن حصة شريكه من ذلك.[(٣)]

القول الثاني: يجوز للشريك الأخذ سفتجة بمطلق العقد.

وإليه ذهب أبو حنفية **في رواية**[(٤)] **والحنابلة في قول.**[(٥)]

وعليه فإذا أخذ سفتجة كان جائزا عليهما ولا ضمان عليه.[(٦)]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الشركة انعقد على التجارة، والسفتجة أخذا وإعطاء ليست تجارة فلا يملكها.[(٧)]
٢. لأن فيه خطرا لم يؤذن فيه.[(٨)]
٣. كما يمكن أن يستدل لذلك بما استدل به في مسألة أخذ المضارب سفتجة من أن الأخذ سفتجة إقراض وهو لا يملك الإقراض.[(٩)]

---

١ – انظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٢ – والذي يظهر أن **الحنفية** يخالفون **الحنابلة** في ذلك ويشترطون الإذن الخاص والصريح لجواز ذلك ولا يكفي عندهم الإذن العام، بناء على اشتراطهم ذلك في مسألة أخذ المضارب سفتجة في باب المضاربة، والله تعالى أعلم. انظر مسألة أخذ المضارب سفتجة: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٢/٦. العيني، البناية، ٣٨٤/٧.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. العيني، البناية، ٣٨٤/٧.

٥ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. وصحح هذا القول ابن مفلح في الفروع، وصوبه المرداوي في الإنصاف إذا كان فيه مصلحة. انظر: المصدرين السابقين نفس الصفحات.

٦ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٥. العيني، البناية، ٣٨٤/٧.

٧ – التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٨ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.

٩ – انظر مسألة أخذ المضارب سفتجة: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢. العيني، البناية، ٨٦/١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨.

اعتراض:

١. يعترض على دعوى أن الأخذ سفتجة ليس من أعمال التجارة بأنها دعوى غير مسلّم بها، بل الأخذ سفتجة هو عادة التجار وخاصة في زماننا، وقلما يستغني عنها التاجر والواقع أكبر شاهد.

٢. كما يعترض على دعوى إنطواء الأخذ سفتجة على خطر بأنها دعوى غير مسلّم بها أيضا، فالخطر منتف عنها، بل هي إحدى وسائل صيانة المال وحفظه من الضياع وخطر الطريق ، بجعله في ذمة غيره.

٣. أما دعوى أن الأخذ سفتجة إقراض لا يملكه فيعترض عليها بإنه إقراض صورة معاوضة معنى ومضمونا، وذلك لأن الأخذ سفتجة نوع معاملة يدفع فيها جزء من مال الشركة إلى آخر على سبيل القرض، ليوفيه لطرف ثالث في بلد آخر، ليأمن بذلك خطر الطريق.

أدلة القول الثاني:

لأنه لا ضرر فيها.[١]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** حيث يجوز للشريك الأخذ سفتجة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن شريكه، وذلك لأن الأخذ سفتجة هو عادة التجار في زماننا، فقد دأبت عادتهم على ذلك وأصبح عرفا تجاريا في الوقت الحاضر، بل لا نجد تاجرا يستغني عنه غالبا، فإن من الصور المعاصرة للأخذ سفتجة المنتشرة في زماننا ما يسمى ببطاقات الحاسب الآلي "الفيزا كارت" حيث يضع الشخص مبلغا في حسابه في البنك أو المصرف ويستخرج منه تلك البطاقة، فيتمكن من سحب ما يريد من ذلك المبلغ بواسطة هذه البطاقة من فروع البنك في اي بلد سافر إليه أو سوق توجه اليه، وهذا النوع من المعاملة قد انتشر وشاع على مستوى الأفراد والمؤسسات، واعتمد التجار عليها بشكل كبير حتى أصبح من النادر أن يحمل التاجر نقوداً في جيبه أو حقيبته، والشركة تنعقد على عادة التجار وعرفهم فيملكه، كما أن تصرّف الشركة في مال الشركة منوط بما يحقق المصلحة والفائدة لمالها فيملك كل تصرّف يسهم في تحقيق ذلك، والمصلحة والفائدة متحققة في الأخذ سفتجة، لأن الشريك إذا دفع مبلغا من مال الشركة لتاجر أو مصرف ليأخذ كتابا من الجهة التي سلمها المبلغ لوكيل لها في البلد الذي يقصده للتجارة ليستوفيه منه، فإنه بذلك يأمن من خطر الطريق ويصون مال الشركة من الضياع أو السرقة أو الاعتداء، فيكون تصرّفه ذاك متضمنا فائدة ومنفعة لمال الشركة قد لا تتحقق إلا به فيملكه بمطلق العقد،

---

١ – المرداوي، الإنصاف، ٥/٤١٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣/٥٠٦.

كما أنه لا يترتب عليه أي محظور شرعي وليس فيه ضرر قد يلحق بالمال، وهذ بخلاف ما إذا أعطى سفتجة لانه نوع استدانة فلا يملكه لأنه زيادة في رأس مال الشركة على غير ما رضي به شريكه وانعقد عليه العقد، كما أنه ليس فيه فائدة أو مصلحة متحصلة للشركة، وإنما تكون المنفعة من ذلك التصرّف متحقق للطرف الآخر لا للشركة، وليس للشريك مباشرة تصرّف لا يرجع بفائدة على الشركة إلا بإذن شريكه له بذلك، والله تعالى أعلم.

<u>الفرع الثاني: تصرّف الشريك بالسفتجة إعطاءً:</u>

إن أعطى بالمال الشركة سفتجة **فلا خلاف بين الفقهاء** في عدم جواز ذلك إلا بإذن شريكه فإن أذن له به جاز وإلا فلا.[١]

وقد اكتفى **الحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا التصريح، فإن قال له شريكه: "اعمل برأيك " فله عمل ما يقع في التجارة ومنها أخذ السفتجة ودفعها، لأنه فوض إليه الرأي في التصرّف في التجارة وقد يرى المصلحة في هذا.[٢]

<u>وجه الاتفاق:</u>

١. لأن الشركة انعقد على التجارة، والسفنجة أخذا وإعطاء ليست تجارة فلا يملكها.[٣]
٢. لأن فيه خطرا لم يؤذن فيه.[٤]
٣. كما يمكن أن يستدل لذلك بما استدل به في مسألة إعطاء المضارب سفتجة من أن الإعطاء سفتجة استدانة وهو لا يملك الاستدانة.[٥]

---

١ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠١/٣. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٣،٣٢٤/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٢ – انظر: ابن قدامة، الكافي، ٢٦٢/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٣ – التنوخي، الممتع، ٣٨٧/٣.

٤ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٦١/٢. ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٤/٢.

٥ – انظر مسألة إعطاء المضارب سفتجة: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢. العيني، البناية، ٨٦/١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨.

<u>الفصل الثاني</u>

تصرّفات المضارب في المضاربة

وفيه أربعة مباحث:

<u>المبحث الأول</u>: تصرّفات المضارب في عقود المعاوضات المالية

<u>المبحث الثاني</u>: تصرّفات المضارب في عقــود الإطلاقــات والتوثيقــات والحفــظ والمشاركات

<u>المبحث الثالث</u>: تصرّفات المضارب في عقود التبرعات والهبات

المبحث الأول

تصرّفات المضارب في عقود المعاوضات المالية

المطلب الأول: تصرّفات المضارب بالبيع:

وتصرّف المضارب بالبيع يتخذ عدة صور وحالات تباينت في بعضها آراء الفقهاء منها: البيع بثمن حالّ والبيع بثمن مؤجل (نسيئة)، والبيع بثمن المثل وبالغبن اليسير والفاحش، والبيع مساومة وتولية ومرابحة ومواضعة.

الفرع الأول: البيع بثمن حالّ:

وبيع المضارب بالثمن الحال إما أن يكون بنقد البلد أو بنقد غير نقد البلد، أو بالعرض، ويمكن بحث هذه الصور في المحاور التالية:

أولا: البيع حالا بنقد البلد:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المضارب يملك البيع بثمن حالّ نقدا بنقد البلد بمطلق عقد المضاربة، دون أن يتوقف ذلك على تفويض أو إذن خاص مسبق من ربّ المال.[١] وبالتالي فبيع المضارب بالحال نقدا بنقد البلد نافذ على المضاربة.

وجه الاتفاق:

لأن ذلك من صنيع التجار ومتعارف في مجال التجارة لتحصيل الربح، فينتظمه إطلاق العقد[٢]، إذ المقصود من عقد المضاربة هو الاسترباح، وهو لا يحصل إلا بالتجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضيا إلى المقصود،[٣] فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار، لأنه قد يربح في جهة من التصرّف دون جهة، أو في نوع من الأنواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح، والبيع حالا بنقد البلد من صنيعهم[٤]،فكان عقد المضاربة مشتملا على الإذن بذلك.[١]

---

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. العيني، البناية، ٨٢/١٠. البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٦/٨–٣٧٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٣/٥–٥٢٤. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. الكركي، جامع المقاصد، ٩٣/٨. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠.

٢ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٣ – البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢١/٥. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢.

٤ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٤/٥.

ثانيا: البيع حالا بنقد غير نقد البلد:

اختلف الفقهاء في جواز بيع المضارب مال المضاربة بنقد غير نقد البلد الذي جرى فيه البيع[٢]، هل يملكه بمطلق عقد المضاربة، أم يحتاج ذلك إلى إذن ربّ المال؟ على ثلاثة أقوال، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلاف نظرتهم في كون هذا التصرف من المضارب يلحق ضررا بمال المضاربة ويؤدي إلى تعطيل مقصود المضاربة من الاسترباح أو لا:

القول الأول: لا يجوز المضارب بيع مال المضاربة بنقد غير نقد البلد مطلقا إلا بإذن ربّ المال سواء كان ذلك النقد رائجا أو غير رائج، فإن وجد الإذن جاز له ذلك

وإليه ذهب **الشافعية في وجه**[٣] **والحنابلة في رواية**[٤] والجعفرية **في وجه.**[٥]

وبناء عليه اكتفى **الحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) من ربّ المال كأن يقول ربّ المال للمضارب: " اعمل برأيك "[٦]، بينما اشترط **الجعفرية** في ذلك الإذن الخاص (التصريح) من ربّ المال.[٧]

وعليه إن خالف المضارب فباع شيئا من مال المضاربة بنقد غير نقد البلد بلا إذن ضمن، وأما حكم البيع: فعند **الحنابلة** روي عن الإمام أحمد أن البيع صحيح ويضمن النقص، لأن الضرر ينجبر بضمان النقص، والقياس عندهم أن البيع باطل، لأنه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه بيع الأجنبي، فعلى هذا إن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا، وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا أو قيمته إن كان تالفا[٨]، أما عند **الجعفرية** فيكون البيع موقوف على إجازة ربّ المال، لكونه تصرّفا قد وقع بدون إذن المالك وهو غير باطل وإنما هو فضولي، فإن أجاز نفذ البيع،

---

١ – طموم، المضاربة، ص٥٨.

٢ – العبرة هنا هي لنقد البلد الذي وقع فيه البيع والتعامل، وليست لنقد بلد المضاربة، فإذا سافر المضارب إلى بلد آخر فباع بنقد تلك البلد الذي يختلف عن نقد بلد المضاربة جاز ذلك. انظر: الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٥/٥.

٣ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. الانصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٥ – الكركي، جامع المقاصد، ٩٣/٨. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢

٦ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٧ – الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤–٢١٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٨ – ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧، ١٥١.

وإن لم يجز بطل البيع وعليه الضمان.[١]

القول الثاني: يجوز للمضارب البيع بنقد غير نقد البلد بمطلق عقد المضاربة بدون إذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه** [٢] والحنابلة **في رواية**[٣] **والجعفرية** في المختار[٤]، وهو ــ فيما يظهر[٥] ــ قول **الحنفية**[٦] **والأباضية**.[٧]

القول الثالث: يملك المضارب البيع بنقد غير نقد البلد إن كان له رواج، وإلا منع منه إلا بإذن.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه**.[٨]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الاسترباح ــ وهو الغرض من عقد المضاربة ــ يتخلف بالبيع بنقد غير البلد، لأن نقد غير البلد لا يروج فيها، وبالتالي يتعطل الربح بخلاف البيع بالعرض الذي يروج فيحصل به تحصيل الربح.[٩]

٢. لأن إطلاق العقد في المضاربة ينبغي أن يحمل على الغالب المتعارف وهو نقد البلد

---

١ – الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٨/٤-٢١٩. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥١/٢٦. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢.

٢ – الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥، ٢٣٢، ٢٣٥. الانصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٤ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨، ٩٣-٩٤. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤.

٥ – وإنما قلنا ذلك لأن كلا من **الحنفية والأباضية** لم ينص على ذلك صراحة وإنما أجازوا للمضارب البيع بالنقد مطلقا دون أن يفرقوا بين نقد البلد ونقد غير البلد. والله تعالى أعلم.

٦ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨.السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢، ١٧٠. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٦/٨-٣٧٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٣/٥-٥٢٤.

٧ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠.

٨ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٩٥/٣ الانصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥.

٩ – انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

كالوكالة[١]، فلا يملك البيع بنقد غير البلد كالوكيل.

اعتراض:

١. اعترض على أن التفرقة بين البيع بنقد غير البلد حيث يمنع منه المضارب إلا بإذن وبين البيع بالعرض حيث يجوز له تفرقة غير مستقيمة، وذلك لأن الغرض من المضاربة الاسترباح وهو يحصل بالبيع بنقد غير البلد أيضا ويكون فيه كما يحصل بالبيع بالعرض، فلا يتقيد الاسترباح بأحد الأمرين دون الآخر، فلا يكاد يكون بينهما فرق[٢]، بل القول بجواز بيعه بالعرض يقتضي جواز بيعه بنقد غير البلد لكونهما مظنة للربح.[٣]

٢. اعترض على دعوى جعل حكم المضارب كحكم الوكيل في ذلك دعوى لا تصح، إذ إن المضاربة تفارق الوكالة في بعض الأمور، وليست المساواة بين المضارب والوكيل في التصرّف مطلقة بل بينهما اختلاف، وذلك لأن غرض المضاربة غير غرض الوكالة، إذ الغرض من المضاربة هو تحصيل الربح، وتصرّف المضارب فيها دائر مع الربح بخلاف الوكيل الذي ينصب دوره على مجرد قبض الثمن وتسليم المبيع، وعليه فله أن يبيع بنقد غير البلد إذا رأى فيه المصلحة لأنه يحقق المقصود ولا يقصر عن تحصيل المطلوب.[٤]

٣. يعترض على أن احتمال تعطل الربح بكساد نقد العملة الأجنبية منفي هنا، لأن تعطل الربح و كساد النقد الأجنبي وارد فعلا إذا كانت العملة الأجنبية غير رائجة لا تداول ولا تعامل بها، فيغلب على الظن كسادها وتعطل الربح فيها، أما إذا كانت لها رواج وتداول فلا محل للتخوف من تعطل الربح بها، لأن رواج التعامل بها بين التجار وتداول الناس لها وإقرار الحكومات لذلك يدل على وجود الاعتراف الرسمي والعرفي والتجاري بهذه العملة، كما أن احتمال كسادها مع ذلك نادر وقليل الوقوع، والأصل أن النادر والشاذ لا حكم له ولا اعتبار، بل العبرة للغالب العام المشهور، كما أن الاحتمال النادر لكساد العملة الأجنبية الرائجة وارد ومنسحب بدوره على العملة المحلية أيضا، بل قد يجد

---

١ – الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. الكركي، جامع المقاصد، ٩٣/٨.

٢ – الكركي، جامع المقاصد، ٩٣/٨. انظر: الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٣ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

٤ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨–٨٧، ٩٣. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

الكساد إليها طريقا أسرع من العملة الأجنبية إذا وقع، فكما أن هذا الاحتمال النادر لا يؤثر على العملة المحلية فكذلك لا يؤثر على العملة الأجنبية الرائجة.

أدلة القول الثاني:

١. لأن في منع المضارب من البيع بنقد غير البلد تضييقا وتحجيرا عليه في تصرّفه وإلحاق الضرر والمشقة به، وذلك لأن العمل في المضاربة يقابل بالربح فلو منعناه من التصرّف بغير النقد لضيقنا عليه طرق الربح الذي في مقابلة عمله، وفيه من الضرر والمشقة ما لا يخفى، بخلاف الشريك حيث لا يجوز له البيع بنقد غير البلد، مع أن المقصود من البابين متحد وهو الربح، إلا أن العمل في الشركة غير مقابل بعوض كما صرحوا به فلا يلزم من امتناع التصرّف بغير نقد البلد تضرر.[١]

٢. لأن الغرض من المضاربة الاسترباح، وهو يحصل بالبيع بغير نقد البلد، لكونه مظنة للربح فيجوز ذلك.[٢]

٣. قياسا على جواز بيع المضارب بالعرض فكذلك يجوز له البيع بغير نقد البلد.[٣]

اعتراض:

١. اعترض على دعوى قياس جواز البيع بغير نقد البلد على جواز البيع بالعرض بأن نقد غير البلد يفارق العرض بأنه لا يروج فيتعطل الربح بخلاف العرض.[٤]

٢. يعترض على دعوى أن في منع البيع بالعملة الأجنبية تضيقا وتحجيرا على المضارب في تصرّفه، بأنها دعوى منتفية هنا في حال ما إذا وسعنا له دائرة التصرّف ليشمل كل نقد وعملة أجنبية جرى التعامل بها ولاقت رواجا بين الناس لجني الأرباح من وراء ذلك، وهي كثيرة، ولا يمنع إلا من تلك العملات التي لا رواج لها، لانطواء التعامل بها على مخاطرة واضحة بمال المضاربة وتضييعا له، وإدخال للضرر على ربّ المال، وذلك لوجود احتمال غالب بكسادها وعدم رواجها وعدم قبول الآخرين التعامل بها معه، فيُدْخِل الخسر والنقص في المال، في حين أنه مطالب بعكس ذلك من تنمية المال وتثميره وإكثاره فلا يجوز له إدخال النقص فيه.

---

١ – الرملي، نهاية المحتاج، ٩/٥.

٢ – الكركي، جامع المقاصد، ٩٣/٨. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

٣ – الانصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

٤ – الانصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

أدلة القول الثالث:

لأن نقد غير البلد إذا كان غير رائج يتعطل الربح، وأما إذا راج جاز[١]، لتحقق الربح.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثالث**، وتوجيه هذا الاختيار هو ذاته توجيه **الرأي المختار** في بيع الشريك بنقد غير البلد لكون كل من المضارب والشريك متصرفا في مال غيره بقصد الاسترباح فليراجع في محله هناك. [٢]

الفرع الثاني: البيع بثمن مؤجل (النسيئة):

اختلف الفقهاء في جواز بيع المضارب مال المضاربة نسيئة، هل يملكه بمطلق العقد؟ أم لا بد لجواز ذلك من إذن ربّ المال؟ على قولين، ويرجع سبب الاختلاف إلى مدى تحقق المصلحة والاسترباح لمال المضاربة أو إنطوائه على الضرر به:

القول الأول: يجوز للمضارب البيع نسيئة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن أو تفويض من ربّ المال، وعليه فإذا باع المضارب نسيئة نفذ على المضاربة.

وإليه ذهب **الحنفية**[٣] **والحنابلة في الصحيح**[٤] **والزيدية**[٥] وبعض **الأباضية**.[٦]

إلا أن جواز بيع المضارب بالنسيئة هنا ــ على هذا القول ــ مقيد بكونه إلى أجل متعارف بين التجار اعتبارا لعادة التجار، لأن له الأمر العام المعروف بين الناس، فإن باع نسيئة إلى أجل طويل بعيد لا يبيع إليه التجار عادة، فهذا مما لا ينتظمه مطلق العقد فلا يملكه، لخروجه حينئذ من صنيع التجار، إذ إن إطلاق العقد منزل على العرف الجاري.[٧]

وعليه فإذا باع نسيئة فالبيع صحيح نافذ، ومهما فات من الثمن لا يلزمه ضمان، إلا أن يفرط ببيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيلزمه عندئذ ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري،

---

١ – انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الانصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥.

٢ – انظر توجيه الرأي المختار في بيع الشريك بنقد غير البلد صفحة (٣٧-٣٧) من هذه الدراسة.

٣ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٦/٨-٣٧٧. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢. البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨، ٤٧٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٣/٥-٥٢٤.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٦/٥. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧.

٥ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣١/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٣٣٩/١٠، ٣٦٧-٣٦٨.. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٦/٦. الكندي، المصنف، ١٠٨/٢٥.

٧ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. العيني، البناية، ٨٢/١٠. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥. البابرتي، العناية، ٤٧٢/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٨٣/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

ولذلك ينبغي على المضارب أن يبيع نسيئة لمن يعرفه ويثق بسداده للثمن عند حلوله.[١]

القول الثاني: لا يجوز للمضارب البيع نسيئة إلا بإذن ربّ المال، فإذا أذن له ربّ المال جاز له ذلك، وإلا لم يجز له.

وإليه ذهب **المالكية**[٢] **والشافعية**[٣] **والحنابلة في رواية**[٤] **والجعفرية**[٥] وبعض **الأباضية**.[٦]

وبناء عليه اكتفى كل من **الحنابلة والجعفرية والأباضية** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) من ربّ المال للمضارب كأن يقول له: " اعمل برأيك" أو "تصرّف كيف شئت"، لأنه داخل في عموم لفظه وقرينة حالة تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها[٧]، في حين اشترط **الشافعية** لجواز ذلك الإذن الخاص بالبيع بالنسيئة (التصريح) من ربّ المال للمضارب كأن يقول له: "بع نقدا أو نسيئة"، ولم يجيزوا البيع بالنسيئة بالإذن العام، لأن عمل المضارب برأيه ينصرف إلى تدبيره واجتهاده في وفور الأرباح والتماس النماء دون البيع بالنسيئة، لوجود الغرر فيه.[٨]

وعليه فإن أذن ربّ المال للمضارب بالبيع نسيئة ؛ فإن عيَّن له مدة أو أجلا يبيع إليه وجب عليه إتباعه والتزامه، فإن لم يعين له ذلك حمل على الأجل المتعارف المعتاد بين التجار، فإن لم يوجد

---

١ – ابن قدامة، المغني، ١٤٨/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٢ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦١/٧. القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ٦٤٤/٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٢/٥. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨١٥/٢. الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، ط١، تحقيق محمد عبدالقادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ–١٩٩٩م ، ١١٥/٧. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٥/٧.

٣ – النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧. البغوي، التهذيب، ٣٨٧/٤، ٣٨٨.

٤ – الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤١٦/٥. الخرقي، مختصر الخرقي، ص٩٧.

٥ – الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢.النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٣٣٩/١٠، ٣٦٧. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٦/٦. الكندي، المصنف، ١٠٨/٢٥.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧–١٤٨. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨.النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦. الكندي، المصنف، ١٠٨/٢٥.

٨ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧.

عرف بذلك راعى المصلحة فيه.[١] كما يجب على المضارب في حالة الإذن له بالبيع بالنسيئة أن يكون البيع من ثقة مليء.[٢]

وعليه فإذا خالف المضارب فباع نسيئة بدون إذن ربّ المال له بذلك ضمن بتسليمه[٣]، لأنه عرض المال للضياع[٤]، أما حكم البيع الذي أبرمه المضارب فقد اختلفوا في صحته:

فالمالكية **في المشهور والأباضية** يعتبرون البيع صحيحا، فإن حصل ربح فهو لهما على شرطه وإن حصل خسر فعلى المضارب وحده.[٥]

وأما **الشافعية** فالبيع عندهم باطل، ويجب على المضارب رد المبيع إن كان باقيا وضمانه إن كان تالفا.[٦]

أما عند **الحنابلة** فعندهم في ذلك ثلاثة وجوه: إحداها: أن البيع باطل، لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه، فأشبه البيع من الأجنبي، والثاني: أنه موقوف على إجازة ربّ المال، تخريجا على الرواية التي تقول: يقف بيع الأجنبي على الإجارة، والثالث: أن البيع صحيح وينبغي أن يكون حالا.[٧]

أما عند **الجعفرية** فيكون البيع موقوفا على إجازة ربّ المال، لكونه تصرّفا قد وقع بدون إذن المالك، وهو غير باطل وإنما هو فضولي، فإن أجاز ربّ المال نفذ البيع، وإن لم يجز بطل البيع

---

١ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣١/٥–٢٣٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢.

٢ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٥/٥.

٣ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ٦٤٤/٢. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٣/٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢١/٧. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣١/٥. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٧/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥١/٢٦. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٦/٦.

٤ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦. القرافي، الذخيرة، ٧٣/٦. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٣/٣.

٥ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧، ١٦٨. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠١/٦–٤٠٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥، ٢٩٦. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٣/٣. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠، ٣٦٨.

٦ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٤٨/٧. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. المرداوي، الإنصاف، ٤١٦/٥.

ووجب على المضارب رد المبيع إن كان باقيا وضمانه إن كان تالفا.(١)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الإذن بالتجارة والتصرّف بمقتضى المضاربة وجد مطلقا، وهذا الإطلاق يتناول أنواع التجارات والتصرّفات كلها مما هو معتاد بين التجار، فينصرف هذا الإذن في التجارة إلى التجارة المعتادة، لأن المضاربة تنعقد على عادة التجار وقد جرت عادتهم بالبيع نسيئة فينتظمه إطلاق العقد لأن المتعارف كالمنصوص عليه، فكان مأذوناً له به عرفاً.(٢)

٢. لأن المقصود من عقد المضاربة هو الاسترباح بطريق التجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها مما هو من صنيع التجار وعادتهم، لأنه قد يربح في جهة من التصرّف دون جهة أو في نوع من الأنواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح، ومن ذلك البيع نسيئة لكونه تجارة أقرب إلى تحصيل الربح، والربح فيه أكثر من البيع نقدا غالبا، فيكون مفضيا إلى تحقيق مقصود المضاربة بتحصيل الربح(٣)، والدليل على أن البيع بالنسيئة تجارة مطلقة قوله تعالى ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ﴾(٤) فهذا يبين أن التجارة قد تكون غائبة وليس ذلك إلا بالبيع بالنسيئة.(٥)

٣. لأن المضارب وكيل ونائب عن صاحب المال في التجارة، والوكيل بالبيع يملك بمطلق الوكالة البيع بالنقد وبالنسيئة على الموكل فكذلك يملكه المضارب بمطلق المضاربة من باب أولى لأن المضاربة أعم من الوكالة.(٦)

---

١ – الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٨/٤–٢١٩. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥١/٢٦. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. الكركي، جامع المقاصد، ٨٧/٨–٨٩. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٧/٨.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٤/٥، ٥٢٥. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨.. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣١/٥. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠–٣٦٨.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٤/٥، ٥٢٥–٥٢٦. البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. محمد أفندي، قرة عيون الاخيار، ٣١٨/٢.

٤ – سورة البقرة آية ٢٨٢.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢..

٦ – الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٣/٥–٥٢٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢١/٥. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢.

أدلة القول الثاني:

١. لأن التصرّف المأذون فيه للمضارب في مال المضاربة هو ما كان على وجه الحظ والاحتياط بلا ضرر، لأنه نائب يتصرّف في حق غيره فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط، فلا يجوز له التصرّف بما يعود بالضرر والتغرير بالمال، ومع النسيئة لا حظ له لما في ذلك من التغرير بالمال وتعريض أموال المضاربة للضياع وإلحاق الضرر بمصلحة ربّ المال، لأن ذلك مظنة النسيان أو تلف البينة من كتاب أو شهود أو جحود المشتري أو إفلاسه، فكأنه منهي عنه عرفاً، وقرينة الحال تقيد مطلق الكلام فيصير كأنه قال: "بعه حالاً".[١]

٢. لأن المضارب وكيل ونائب عن ربّ المال في البيع والتصرّف في المال، فلا يملك من التصرّفات بمطلق المضاربة إلا ما يملك الوكيل بمطلق الوكالة، والوكيل لا يملك البيع نسيئة بغير إذن من الموكل، فكذلك المضارب لا يملكه إلا بإذن من ربّ المال.[٢]

٣. لأن المقصود بالمضاربة طلب الربح وتحصيله، فيمنع من التصرّف المؤدي إلى ما يضاد هذا الغرض، فإذا باع إلى أجل كان منافيا للمقصود.[٣]

٤. لأن البيع نسيئة هو تصرّف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه عن التصرّف فيه، وذلك بإخراج المال عن يده، وهو خلاف مطلق العقد وضد لما هو مقصود ربّ المال، لأن المالك إنما رضي بتصرّفه في المال على أن يكون في يده متسلطا عليه، لا على أن يجعله في ذمة غيره ويحبسه عليه.[٤]

٥. لأن العقد إذا أطلق حمل على مقتضاه وما جرى العرف به والعرف هو البيع بالنقد، والبيع بالنسيئة بخلاف ذلك[٥] لأن الناس يتفاوتون في الرضا به.[١]

---

١ – الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٤/٤. ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الغزالي، محمد بن محمد، <u>الوسيط في المذهب</u>، ط١، تحقيق احمد محمود، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م ، ١١٦/٤. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. البغوي، التهذيب، ٣٨٧/٤. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٤٧/٧. الباجي، المنتقى، ١١٥/٧. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٦/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٨٥/٨.

٣ – العمراني، البيان، ٢٠٨/٧. الكركي، جامع المقاصد، ٨٥/٨.

٤ – القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ٦٤٤/٢. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨١٥/٢. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧.

٥ – القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨١٥/٢. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤.

٦. لأن الآجال لا تثبت في العقود إلا بشرط كالأثمان.[٢]

اعتراض:

١. اعترض على دعوى قياس تصرّف المضارب في المضاربة على تصرّف الوكيل في الوكالة المطلقة بأنه قياس لا يستقيم، لأن المضاربة تفارق الوكالة المطلقة وتختلف عنها فلا يصح القياس عليها لما يلي:[٣]

أ. لأن الوكالة ليس الربح هو المقصود فيها، وإنما المقصود تحصيل الثمن فحسب، فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى.

ب. لأن الوكالة المطلقة في البيع تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة، وأنه محتاج للثمن الحال، فلم يجز تأخيره بخلاف المضاربة.

٢. واعترض على دعوى أن البيع نسيئة مضاد لمقصود ربّ المال من تسليط المضارب على المال بإخراجه عن يده وجعله في ذمة غيره، اعترض عليه بأن تسليط المضارب على المال ليس بمقصود ربّ المال، وإنما مقصوده تحصيل الربح بطريق التجارة وذلك حاصل بالبيع نسيئة فتندفع تلك الدعوى.[٤]

٣. يعترض على دعوى احتمال إلحاق الضرر بالمال وتعريضه للضياع والتغرير به من وراء هذا التصرّف بأنها دعوى منتفية هنا، وذلك لأن هذا الاحتمال نادر وضعيف جدا مع الأخذ عند البيع بالنسيئة بالشروط التي تضمن له الوفاء بالدين من البيع للمليء الثقة المؤتمن مع اتخاذ الاحتياطات والإجراءات القانونية لتوثيق الدين، فإذا وقع البيع بالنسيئة على ما مر فالغالب العام سداد الثمن في موعده والوفاء به، ولا خوف من ضياع الثمن بجحود المدين أو إنكاره أو إفلاسه أو من نسيان أو تلف بينة ونحو ذلك، لكون كل ذلك لا يعدو كونه احتمالا نادر الوقوع ولا عبرة بالنادر الشاذ، وإنما العبرة في الأحكام بالأمر الغالب العام.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق من أقوال الفقهاء وأدلتهم يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، ولكن بشرط أن يكون بيعه بالنسيئة للمليء الثقة الذي يوثق به أو يغلب على الظن التزامه بوفاء الثمن المؤجل في موعده المقرر، وكذلك يجب على المضارب أيضا اتخاذ جميع الاحتياطات

---

١ – الغزالي، الوسيط، ٤/١١٦.

٢ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٣٢٢.

٣ – ابن قدامة، المغني، ٧/١٤٧.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٢٢/٣٨.

والإجراءات اللازمة لضمان تسديد المدين للثمن المؤجل في موعده المقرر، وذلك من خلال توثيق ذلك في الأوراق والوثائق والكتب الرسمية ذات الصفة القانونية المعترف بها وإشهاد الشهود عليه، وتسجيل ذلك في الدوائر المختصة بذلك من مؤسسات الدولة إن أمكن ووجد ذلك، وذلك لكي يضمن التزام المدين بالوفاء ويحفظ به الحق من الضياع ويقطع به النزاع إن وجد، فيتجنب بذلك التغرير بمال المضاربة وتعريضه للضياع والضرر، فإذا قصّر المضارب في شيء مما ذكر فباع لمفلس أو لمن لا يوثق بوفائه أو لمن لا يعرفه أو لمن يغلب على الظن عدم التزامه بالسداد أو قصَّر في اتخاذ الاحتياطات الواجب اتخاذها لم يجز له ذلك التصرّف، وكان ضامنا في حال ضياع الثمن بسبب تقصيره والبيع صحيح، وكذلك فإن الشروط التي يجب على المضارب مراعاتها أيضا أن يكون بيعه بالنسيئة إلى أجل متعارف بين التجار اعتبارا لعادة التجار فلا يبيع إلى أجل طويل لم يعهد مثله عند التجار، و**وجه الرأي المختار** ــ بالإضافة لما استدل به أصحاب هذا القول ــ ما يلي:

١. لأن تصرّف المضارب في مال المضاربة منوط بالمصلحة، فأينما وجدت المصلحة والمنفعة لمال المضاربة مما هو مشروع في تصرّف جاز للمضارب ذلك التصرّف، فالبيع بالنسيئة فيه مصلحة ظاهرة لمال المضاربة حيث به تزداد نسبة إقبال المشتريين مما يعني بيعا أكثر وربحا أكبر، كما أن نسبة الربح المأخوذة فيه أكبر من نسبته في البيع الحال.
٢. لأنه لا ضرر لاحقا بالمال بسبب البيع بالنسيئة، وخاصة مع مراعاة الأخذ بالشروط التي وضعناها لضمان الثمن من البيع للمليء الثقة المؤتمن مع اتخاذ الاحتياطات والإجراءات القانونية لتوثيق الدين التي سبق ذكرها.

<u>الفرع الثالث: البيع بثمن المثل وبالغبن اليسير والفاحش:</u>

قد يبيع المضارب شيئا من مال المضاربة بثمن المثل أو بالغبن اليسير أو بالغبن الفاحش، ويمكن بحث ذلك في المحورين التاليين:

<u>أولا: البيع بثمن المثل وبالغبن اليسير:</u>

لا خلاف بين الفقهاء بالجملة(١) في أن للمضارب بمطلق العقد أن يبيع بثمن المثل أو بالغبن

---

١ – وإنما قلنا بالجملة لأن **الشافعية** في أحد احتمالين عندهم يقولون بعدم جواز بيع المضارب بثمن المثل أو بالغبن اليسير إذا وجد من يرغب بالمبيع بثمن أزيد قياسا على الوكالة، والاحتمال الآخر أنه يجوز.كما أن كل من **الجعفرية والأباضية** يقيدون جواز بيع المضارب بالغبن اليسير بوجود مصلحة في ذلك، كأن يقصد بذلك جلب الناس إليه، أو حتى يقصده ذلك الذي باع له بالغبن اليسير فيشتري منه مرارا أو يبيع للمضارب

اليسير وهو ما يتغابن الناس بمثله عادة، دون حاجة في ذلك إلى إذن ربّ المال، فلو باع بـثمن المثل أو بثمن أقل من ثمن المثل مما جرت العادة بتغابن الناس بمثله ووقوع المسامحة فيه بينهم، بأن يكون النقصان يسيرا يتسامح فيه الناس ويحتملونه غالبا فلا ضمان على المضارب، ويعتبر هذا النقصان في الثمن عن ثمن المثل معفوا لا أثر له.[١]

وجه الاتفاق:

١. لأن المضاربة تنعقد على عرف التجار، والبيع بثمن المثل متعارف في التجارة لتحصيل الربح فيملكه المضارب.[٢]

٢. لأن الغبن اليسير الذي يتغابن الناس بمثله لا يمكن التحرز منه[٣]،والعقود لا تخلو غالبا منه فيكون معفوا عنه إذ هو كعدمه.[٤]

٣. لان إطلاق العقد ينصرف إلى الأمور المتعارفة بين التجار في تحصيل الارباح، التي منها نقصان ما يتسامح به الناس[٥]،فالبيع بالغبن اليسير من صنع التجار عادة.[٦]

٤. لأن بيع المضارب وشراءه كبيع الوكيل بلا فرق[٧]، وبيع الوكيل بغبن يسير جائز[٨] فكذلك المضارب.

ثانيا: البيع بالغبن الفاحش:

اختلف الفقهاء في جواز بيع المضارب سلع المضاربة بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس

سلعه بثمن أقل من ثمن المثل معاملة له بالمثل ونحو ذلك. انظر: الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣١/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٨/٨٥-٨٦. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٠/٦-١٠١.

١ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤، ٢١٨. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٠/٦-١٠١.

٢ – النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٤ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥.

٥ – النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٦ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٧ – الرافعي، العزيز، ٢١/٦.

٨ – روضة الطالبين ج٤/ص٣٠٣

بمثله (الغبن الفاحش)، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد لذلك من إذن ربّ المال؟ على قولين، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلاف نظرتهم في مدى كون بيع المضارب بالغبن الفاحش منافيا لمقصود المضاربة وإنقاصا لمالها بغير إذن:

القول الأول: لا يجوز للمضارب البيع بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله عادة إلا بإذن ربّ المال، فإذا أذن له بذلك جاز له.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد من **الحنفية**[١] **والمالكية**[٢] **والشافعية**[٣] **والحنابلة**[٤] **والزيدية**[٥] **والجعفرية**[٦] **والأباضية**.[٧]

وعليه فقد اشترط **الحنفية** لجواز بيع المضارب بالغبن الفاحش الإذن الصريح والخاص من ربّ المال بذلك، وأما الإذن العام كقوله " اعمل برأيك " فلا يكفي عندهم لجواز ذلك[٨]، في حين اشترط بعض **الجعفرية** لجواز ذلك الإذن الصريح بذلك **كالحنفية**، وخالف بعضهم الآخر في ذلك واكتفوا بعموم الإذن دون اشتراط التصريح بذلك.[٩]

إلا أنه حتى مع وجود الإذن للمضارب بالبيع بالغبن الفاحش فينبغي أن لا يبالغ في الغبن، كأن يبيع ما يساوي مائة بعشرة، بل يبيع بما تدل القرينة على ارتكابه عادة في مثل ذلك، فإن بالغ في

---

١ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٠/٥، ١٢١.محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢١٨/٢، ٣١٩. السرخسي، المبسوط، ١٥٦/٢٢.

٢ – القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦.

٣ – النووي، منهاج الطالبين، ص١٥٥.الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧، ٣٥٤. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٥٥. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٥/٥.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٣/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٧/٢. الحجاوي، الإقناع، ٢٦٣/٢..

٥ – العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣.

٦ – الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨، ٨٩. الكركي، جامع المقاصد، ٨٥/٨، ٨٩–٩٠. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤–٢١٨. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٧ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠١/٦.

٨ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/ ٣١٧–٣١٨، ٣١٩.

٩ – الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤–٢١٨. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨.

الغبن لم يصح تصرّفه.[١]

وعليه فلو خالف المضارب فباع بالغبن الفاحش ضمن بقبض الثمن[٢]، وأما حكم البيع فقد اختلف الفقهاء في صحته: فعند **الشافعية** البيع باطل وعليه الضمان، وعندهم في قدر الضمان قولان: قيل يضمن جميع القيمة وقيل يضمن نقص القيمة.[٣]

وأما **الحنابلة** فعندهم رأيان: أحدهما: أن البيع يصح ويضمن النقص، لأن الضرر ينجبر بضمان النقص، والثاني: وهو القياس أن البيع باطل، لأنه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه بيع الأجنبي، فعلى هذا إن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا، وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا، أو قيمته إن كان تالفا.[٤]

أما **الزيدية** فعندهم البيع موقوف على إجازة ربّ المال، فإن أجاز صح البيع ونفذ، وإن لم يجز ضمن ورد لمال المضاربة هذا إذا لم يكن ثمة ربح، أما لو كان ثمة ربح فإنه ينفذ الغبن في قدر حصته من الربح، ولا نقص على المالك.[٥]

أما **الجعفرية** فالبيع عندهم موقوف على إجازة ربّ المال، لكونه تصرّفا وقع بدون إذن المالك، وهو غير باطل وإنما هو كبيع فضولي، فإن أجاز ربّ المال نفذ البيع وصح لأنه لا ينقص عن تصرّف الأجنبي، وإن لم يجز فعندهم احتمالان: أحدهما: وهو المذهب أن البيع يبطل، لأنه تصرّف غير مأذون فيه، وعليه فيجب على المضارب رد المبيع إن كان باقيا وضمانه إن كان تالفا أو تعذر رده، فيضمن القيمة في القيمي، ويضمن النقص إن كان الثمن مثليا من جنسها، والاحتمال الآخر: البيع صحيح ويضمن النقص، لأن العامل مأذون في التصرّف مطلقا، لأن الفرض إطلاق الإذن، والمنع في صورة النزاع إنما كان لضرر النقص، وذلك مندفع بضمان النقص، فيصح العقد بالإذن السابق ويكون إيقاعه التزاما للنقص.[٦]

<u>القول الثاني:</u> يجوز للمضارب بمطلق العقد البيع بالغبن الفاحش دون حاجة إلى إذن ربّ المال.

---

١ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣١/٥.

٢ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧، ٣٥٤. الحجاوي، الإقناع، ٢٦٣/٢. العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣. الحلي، قواعد الأحكام، ٩٠/٨–٩١. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠١/٦.

٣ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧، ٣٥٤.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٣/٣.

٥ – العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣.

٦ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٧/٨، ٩٠–٩١. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٧/٨، ٩٠–٩١. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٩/٤. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢.

وإليه ذهب أبو حنفية.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع.[٢]

٢. لما في البيع بالغبن الفاحش من تضييع المال وإضرار بالمالك.[٣]

٣. لأن مطلق الإذن لا يقتضي البيع بالغبن الفاحش [٤]، لأن الإطلاق ينصرف إلى العرف المشهور والعادة الغالبة عند التجار، والبيع بغبن فاحش ليس متعارفا عند التجار في الأحوال العامة والغالبة، وإذا حدث من التجار فهو قليل جدا وفي ظروف خاصة، والحكم للغالب ولا اعتبار بالقليل النادر.[٥]

٤. لأنه وكيل فلا يتصرّف إلا على النظر والاحتياط، وليس في البيع بالغبن الفاحش نظر ولا احتياط فلا يملك.[٦]

٥. قياسا على الوكالة المطلقة بالبيع، والوكيل بالبيع لا يملك البيع بالغبن الفاحش فكذلك المضارب لا يملكه بمطلق العقد.[٧]

٦. لمنافاة ذلك لمقصود المضاربة غالبا، لأن الغرض المقصود منها هو تحصيل الربح والفائدة، فوجب أن يكون تصرّف المضارب مقصورا على ما يحصل هذه الفائدة فيمنع من التصرّف المؤدي إلى ما يضاد هذا الغرض[٨]، إذ الأصل أن تصرّف المضارب في المضاربة موضوع لتثمير المال وتنميته لا ما يضاده، ولذلك يلزمه في بيوعه شرطان: أحدهما: أن يتوقع به تناهي أسعاره المعهودة ليستكمل به الربح المقصود، والشرط

---

١ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٠/٥، ١٢١. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢١٨/٢، ٣١٩. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢، ١٥٦.

٢ – محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٨/٢.

٣ – النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢.

٤ – الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٥/٥.

٥ – طموم، المضاربة، ص٦٠.

٦ – الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣، ٤٩٣.

٧ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢١٨/٢، ٣١٩. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢١/٥. النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٣/٣.

٨ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٥/٨.

الثاني: أن يستوفي أوفر الأثمان الموجودة لأن بها محل بربح مقصود.[١]

أدلة القول الثاني:

١. قياسا على الوكالة المطلقة بالبيع، إذ إن الوكيل بالبيع يملك البيع بغبن فاحش ــ **في قول** أبي حنيفة ــ فالمضارب أولى، لأن المضاربة أعم من الوكالة.[٢]

٢. كما يمكن أن يكون من الأدلة التي يستدل بها على قول أبي حنيفة هنا، ما احتج به **الحنفية** أنفسهم لأبي حنيفة في مسألة بيع الوكيل بالغبن الفاحش، بناء على قياسهم المضارب هنا على الوكيل هناك، ومنها:[٣]

أ. إن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل، والعرف متعارض، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضا، فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض.

ب. إن البيع بغبن فاحش إن لم يكن متعارفا فعلا فهو متعارف ذكرا وتسمية، لأن كل واحد منهما يسمي بيعا أو هو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب لغة وقد وُجِد، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار الفعل.

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن قياس المضارب على الوكيل هنا لا يصح لاختلاف المهمة الموكلة إلى كل واحد منهما كما سبق بيانه.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق من أقوال الفقهاء وأدلتهم يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، فإذا وجد الأذن الصريح له بذلك جاز له، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول، والله تعالى أعلم.

الفرع الرابع: البيع مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة:

إذا قام المضارب ببيع سلع المضاربة بأحد أنواع البيوع من مرابحة أو مساومة أو تولية أو مواضعة فهل يجوز له ذلك بمطلق العقد؟

---

١ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧، ٣٥٤.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢١/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٧/٥.الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٧/٥. طموم، المضاربة، ص ص٥٩-٦٠.

الرأي الذي عليه **الحنفية** أنهم يجيزون أن يبيع المضارب مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة[١]، ولم يوجد ــ فيما اطلعت عليه ــ من خالف ذلك من الفقهاء غير ما استثناه **المالكية** في بيع التولية كما سيأتي، وبالتالي يمكن أن نعتبره اتفاقا بينهم بالجملة.

أما **المالكية** فهم متفقون مع **الحنفية** على جواز بيع المضارب بالتولية إذا كان بيعه بتلك الصورة لمصلحة كخوف خسر أو رخص أو مكافأة لمعروف أسدي لمال المضاربة على وجه التجارة والنظر[٢]، أما إن كانت توليته لسلع المضاربة على وجه المعروف الذي يختص به دون أن يعود على المضاربة بالنفع وكانت تلك السلع مما يرجو فيها النماء والربح، فلا يجوز عندهم حينئذ للمضارب أن يبيعها بمثل ما اشتراها تولية بلا ربح[٣]، وذلك لتعلق حق ربّ المال بالربح فيها[٤]، وعليه تكون توليته تفويتا لحصة ربّ المال من ربحها وذلك لا يجوز له[٥]، فإن خالف فولّى أحدا سلعة على وجه المعروف لم ينفذ بيعه، وكان موقوفا على إجازة ربّ المال.[٦] [٧]

وبناء على سبق فخلاصة الكلام أنه **لا خلاف بين الفقهاء** بالجملة في جواز بيع المضارب مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن أو تفويض، إلا ما استثناه **المالكية** من حالة المحاباة المذكورة آنفا، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: تصرّفات المضارب بالشراء:

ويمكن بحث تصرّف المضارب بالشراء للمضاربة في المحاور التالية:

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢٢/٧٤-٨١، ١٥٣-١٥٧. المرغيناني، الهداية، ٤٧٨/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٦٠/٢،٣٥١. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٣/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٨/٨-٣٨٩. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٥٦/٥.

٢ – الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٢٢/٦. الدردير، الشرح الكبير، ٣١٤/٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٨٩/٧. الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٣. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٨/٢. الباجي، المنتقى، ٩٠/٧.

٣ – الباجي، المنتقى، ٩٠/٧. خليل، مختصر خليل، ٤٦٤/٧. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٨٩/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٢٢/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٣/ ٤٥٣. التاج والإكليل، ٤٦٤/٧.

٤ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٨٩/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٢٢/٦.الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣١٤/٥.

٥ – الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٨/٢.

٦ – الباجي، المنتقى، ٩٠/٧.

٧ – ويحتمل أن ينسحب قول **المالكية** في بيع التولية هنا على بيع المواضعة من باب أولى فيمنع منه المضارب إن كان على وجه المعروف والمحاباة ولا يجر للمضاربة نفعا. والله تعالى أعلم.

الفرع الأول: محل الشراء للمضاربة:

إذا كانت المضاربة مطلقة في عموم التجارات فيجوز للمضارب أن يشتري ما يشاء من أنـواع السلع والبضائع بمطلق العقد، أما إذا كانت مقيدة بنوع من التجارة فيكون شراؤه مقيدا في إطار ذلك النوع دون أن يخرج عنه، فيجوز أن يشتري ما يشاء من ذلـك النـوع، إلا أن تـصرّفه بالشراء ــ سواء في حال الإطلاق أو التقييد ــ يتقيد بالمصلحة، وذلك بأن يشتري ما يتوقع فيه ربحا في الحال أو مآل يتعارف إليه التجار، فلا يشترى ما يتوقع فيه الخسران ولا يتوقـع فيـه الربح أو ما يتوقع فيه ربحا ولكن في مآل بعيد لا يتعارف إليه التجار ولا تبقى إليه المـضاربة غالبا، وكذلك يتقيد تصرّفه بالشراء أيضا بما لا يلحق الضرر بمال المضاربة أو برب المـال، بأن يكون ما يشتريه مما يحل بيعه وشراؤه وتملكه، فلا يشتري ما لا يجوز شراؤه وتملكه أو ما لا يجوز بيعه، و**وجه ذلك** كله: أن مقصود المضاربة هو الاسترباح، وتصرّف المضارب فـي المضاربة موضوع لتثمير مالها وتنميته وتحقيق مقصودها، فيتقيد تصرّفه بالشراء بمـا سـبق ذكره، ويمنع من كل ما يضاد ذلك لمنافاته مقصود المضاربة وغاية تسلط المضارب على مالها بالتصرّف، لأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعـه وتقليبـه فـي التجـارة للاسترباح، ولا يتناول غير ذلك فلا يكون سوى ذلك مأذونا فيه[١]، وتتفرع عما سبق المـسائل التالية:

أولا: شراء ما لا يجوز شراؤه وتملكه (المحرمات):

إذا اشترى المضارب ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا كالخمر والخنزير والميتة والدم ونحوها من المحرمات، فلا يخلو من أن يكون المضارب مسلما أو ذميا:

أ. إذا كان المضارب مسلما: **فلا خلاف بين الفقهاء** في أنه لا يجوز أصلا للمضارب شراء ما لا يصح شراؤه ولا يجوز تملكه شرعا من المحرمات كالخمر والخنزير والدم والميتة ونحو ذلك سواء كان ربّ المال مسلما أو ذميا.[٢][١]

---

١ – انظر:الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. البابرتي، العنايـة، ٤٥٣/٨.السرخـسي، المبـسوط، ٣٨/٢٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧، ٣٥٤. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٤/٥. الهيتمـي، تحفـة المحتـاج، ٤٢٤/٢. الرملي الكبير، حاشية الرملي، ٣٣٥/٥. ابن مفلح، المبدع، ٢٤/٥. العنـسي، التـاج المـذهب، ١٥٤/٣. الجعبي العاملي، الروضة البهية، ٢٢١/٤. الكركي، جامع المقاصد، ١٠٠/٨.أطفيش، شرح النيل، ٣٣٨/١٠–٣٣٩، ٣٦٧. بتصرّف.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٥–١٣٧. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢، ٦١. محمد أفندي، قرة عيـون الأخيار، ٣٦١/٢. المرغيناني، الهداية، ٤٥٧/٨. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. العمراني، البيـان، ٢٠١/٧. النووي، روضة الطالبين، ١٤٧/٥. الرافعي، العزيز، ٤٨/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٤/٢.

وعليه فإن خالف المضارب فاشترى شيئا من ذلك فلا ينفذ ذلك على المضاربة قطعا ولا يدخل في مالها، فإن كان قد دفع فيه شيئا من مال المضاربة فعليه الضمان مطلقا سواء علم بذلك أو لم يعلم [٢]، وذلك عند **الحنفية والشافعية في الصحيح** والأشهر **والحنابلة**، لأن ضمان المال لا يختلف بالعلم والجهل، وبالتالي فلا يسقط بالجهل، في حين أن **للشافعية** قولا آخر:[٣] أنه يضمن في العلم دون الجهل [٤]، أما الشراء فيكون نافذا على المضارب خاصة عند **الحنفية**، في حين يكون باطلا عند **الشافعية** [٥]، فإن ربح في ذلك رد الربح على من أخذ منه إن كان يعرفه، وإن كان لا يعرفه تصدق به ولا يعطي ربّ المال منه شيئا.[٦]

وجه الاتفاق:

١. لأن المضارب إن كان مسلما فلا يصح له شرعا أن يشتري ما لا يجوز شراؤه كالخمر ولا يبيعه.[٧]

٢. لأن المضاربة تتضمن الإذن بالتصرّف الذي يحصل به الربح، إذ إن مقصود عقد المضاربة هو تحصيل الربح، وتحصيل الربح يكون بشراء ما يتمكن من بيعه، لأن الربح

الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٤/٥. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧. الكركي، جامع المقاصد، ١١٩/٨. الحلي، قواعد الأحكام، ١١٩/٨. أطفيش، شرح النيل، ٣٣٩/١٠، ٣٦٧.

١ – إلا أن بعض ما نص الفقهاء على حرمة بيعه وشرائه كالحشرات قد جرى التعارف ببيعه للحاجة إليه للتجارب العلمية، وعليه فيجوز عندئذ للمضارب بيعه وشراؤه لوجه المنفعة الجديدة كما ذكرنا في الشركة، والله تعالى أعلم.

٢ – ليس المقصود بالعلم والجهل هنا عند شراء شيء من ذلك هو العلم والجهل بالحكم من حل أو حرمة، وإنما المقصود بذلك العلم والجهل بماهية ذلك الشيء، كأن يشتري شيئا على أنه عصيرا فيتبن له أنه خمر أو يشتري على أنه لحم ضأن فيتبن له أنه لحم خنزير ونحو ذلك، فلينتبه إلى ذلك.

٣ – وقد وصف الرافعي هذا القول بأنه قول غريب. انظر: الرافعي، العزيز، ٤٨/٦.

٤ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢، ٦١. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٧/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٦١/٢. المرغيناني، الهداية، ٤٥٧/٨. النووي، روضة الطالبين، ١٤٧/٥. الرافعي، العزيز، ٤٨/٦. العمراني، البيان، ٢٠٢/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٤/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٤/٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥، ٣٥٣. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤-٣٨٩. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧. ابن مفلح، الفروع، ٨٨/٧.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٧/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧.

٦ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٦١/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٦١/٢.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٥٩/٧.

لا يحصل إلا بالشراء والبيع، وما لا يجوز شراؤه ولا يملك بالشراء لا يجوز بيعه، فلا يتحقق به مقصود المضاربة من تحصيل الربح، فلا يكون داخلا تحت الإذن له بالتصرّف.[1]

ب. إذا كان المضارب ذميا: فاشترى ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا كالمحرمات، وكان ربّ المال مسلما، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب الذمي على قولين، ويرجع سبب الخلاف هنا إلى كون الخمر والخنزير وغيرها مال متقوم يجوز امتلاكه والتصرف فيه في حق المضارب دون رب المال المرتبط معه بعقد المضاربة:

القول الأول: إن حكمه كحكم المضارب المسلم فلا يجوز له أن يشتري للمضاربة ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا من الخمر والخنزير ونحوها.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد من **الحنفية**[2] **والشافعية**[3] **والحنابلة**[4] **والجعفرية**[5] **والأباضية**.[6]

وعليه فإن خالف فاشترى شيئا من ذلك فلا ينفذ ذلك على المضاربة قطعا ولا يدخل في مالها، فإن كان قد نقد فيه شيئا من مال المضاربة فعليه الضمان مطلقا ــ سواء كان عالما بذلك أو جاهلا ــ عند أبي يوسف ومحمد **والشافعية في الصحيح** والأشهر **والحنابلة**، وذلك لأن ضمان المال لا يختلف بالعلم والجهل، فلا يسقط بالجهل، ولأنه ليس له نقد الثمن مع الحكم ببطلان البيع فإذا فعل ذلك يكون ضامنا، في حين أن **للشافعية** قولين آخرين: أحدهما: أنه يضمن في العلم دون الجهل[7]، والآخر: أنه لا ضمان عليه مطلقا في العلم والجهل[1]، لأن الذمي يعتقده مالا،

---

١ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٥٨/٨. العيني، البناية، ٥٩/١٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٧/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٦٠/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٦١/٢.

٣ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. العمراني، البيان، ٢٠١/٧. النووي، روضة الطالبين، ١٤٧/٥. الرافعي، العزيز، ٤٨/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٤/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٤/٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥، ٣٥٣.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧، ١١٠–١١١. ابن مفلح، الفروع، ٨٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢.

٥ – الكركي، جامع المقاصد، ١١٩/٨. الحلي، قواعد الأحكام، ١١٩/٨.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٣٨٣/١٠.

٧ – وقد وصف الرافعي هذا القول بأنه قول غريب انظر: الرافعي، العزيز، ٤٨/٦.

ورب المال قد فوّض الاجتهاد إليه واتجار الذمي في ذلك ونقده الثمن فيه جائز فلا يكون متعديا[٢]، أما حكم الشراء فيكون نافذا على المضارب خاصة عند **الحنفية**، في حين يكون باطلا عند **الشافعية والحنابلة**.[٣]

القول الثاني: يجوز للمضارب إذا كان ذميا أن يشتري ما لا يجوز شراؤه وتملكه شرعا مما هو مباح في دينه كالخمر والخنزير ونحوها، فإذا اشترى منها شيئا جاز ونفذ على المضاربة، لكن ينبغي على ربّ المال إن كان مسلما أن يتصدق بحصته من الربح، أما إذا اشترى ميتة ــ وهي مما لا يباح في دينه ــ فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن.

وإليه ذهب **أبو حنيفة**[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن ما لا يصح أن يشتريه المسلم لم يصح أن يشتريه الذمي كالميتة والدم[٥]، لأن العقد يقع للمسلم، والمسلم لا يثبت له ملك على الخمر والخنزير، فإذا اشترى المضارب شيئا من ذلك فإنه يكون قد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح شراؤها له، فأشبه ما لو اشترى به ميتة، أو عامل بالربا.[٦].

٢. ولأنه لا يجوز بيع الخمر والخنزير ونحوها من المحرمات، وما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه، كالميتة والدم.[٧]

---

١ – وقد وصف الرافعي هذا القول بأنه قول بعيد وقال النووي عنه: هو قول شاذ ضعيف. انظر: الرافعي، العزيز، ٤٨/٦.النووي، روضة الطالبين، ١٤٧/٥.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٦٠/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٦١/٢. النووي، روضة الطالبين، ١٤٧/٥. الرافعي، العزيز، ٤٨/٦. العمراني، البيان، ٢٠٢/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٤/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٤/٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥، ٣٥٣. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤–٣٨٩. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧. ابن مفلح، الفروع، ٨٨/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٧/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. ابن قدامة، المغني، ١١٠/٧–١١١. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٦٠/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٦١/٢.

٥ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧.

٦ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١١١/٧، ١٥٩. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٠/٢

٧ – قدامة، المغني، ١٥٩/٧.

أدلة القول الثاني:

١. وجه منع شراء المضارب الذمي الميتة للمضاربة: لأن شراء الذمي للميتة هو شراء لما لا يمكنه أن يبيعه فلا ينفذ على المضاربة.(١)

٢. وجه جواز شراء المضارب الذمي الخمر والخنزير للمضاربة: لأن الذي من جانب المضارب هو شراء الخمر والخنزير وبيعها، والذمي من أهل ذلك فيملكه، وقد بنى أبو حنفية قوله هنا على قوله في مسألة توكيل المسلم للذمي بشراء الخمر أو الخنزير(٢)، حيث أجاز ذلك، ووجهه هناك: أن الذي ولي الصفقة هو الوكيل الذمي، والعاقد هو من أهل العقد فيملكه، لأن الخمر والخنزير مال متقوم في حقه، فيملك أن يشتريها لنفسه ويملك أن يشتريها لغيره، كما أن المسلم يجوز له أن يملك الخمر والخنزير، إذ هو من أهل ملك ذلك، وإنما الممتنع على المسلم ههنا بسبب الإسلام هو العقد على الخمر والخنزير لا ملكه، ألا ترى أنه إذا تخمر عصير المسلم يبقى مملوكا له، وإذا مات قريبه عن خمر يملكها بالإرث(٣)، ويتجه هذا الكلام السابق أيضا في المضارب هنا.

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن الخمر والخنزير وإن كان مالا متقوما في حق المضارب، إلا أن هذا في حال الانفراد، أما وقد أصبح مرتبطا بمن ليس في حقه مالا متقوما بموجب عقد المضاربة، فيمنع المضارب من شراء ذلك رعاية لحق رب المال المسلم، ونظرا إلى جانبه، حتى لا يكون وسيلة لإطعاه الحرام، كما أن الاستدلال هنا بما ورد في باب الوكالة لا يستقيم، لكون مسألة الوكيل هنا أمر خلافي غير متفق عليه فلا يستدل به هنا ، ولأن عقد المضاربة يفارق عقد الوكالة لاختلاف المهمة الموكلة إلى كل من المضارب والوكيل فلا يقاس عليه، كما أن دعوى أن المسلم يملك الخمر والخنزير ولا يملك العقد عليها غير مسلّم بها، وعلى فرض التسليم بها إلا أن محل ذلك هو في يدخل في ملكه مما ليس له فيه قصد أو اختيار كالميراث أو تحول العصير إلى خمر، أما ما كان يدخل في ملكه مما له فيه قصد واختيار فلا يجوز له عندئذ كالعقد عليها، وعقد المضاربة على شراء تلك المحرمات من العقد الممنوع عليها لأنه بقصده واختياره ، ويستوي في ذلك أن يتولى العقد عليها بنفسه أو يتولاها غيره نيابة عنه، فالأمر سيّان، لأنه بذلك يدخِل تلك المحرمات في ملكه باختياره وقصده بخلاف الميراث.

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٦٠/٢٢.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٦٠/٢٢.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢١٦/١٢–٢١٧.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به الفريق الأول وسداً لذريعة نشر الفساد حتى لا يكون المسلم وماله عونا للذمي في الإفساد، وقطعا لاتخاذ ذلك حيلة لاتجار المسلم بها بطريق أخرى، والله تعالى أعلم.

ثانيا: شراء المعيب:

لا خلاف بين الفقهاء بالجملة في جواز شراء المضارب للمعيب بمطلق العقد إذا رأى فيه مصلحة وربحا، فإذا اشترى معيبا صح الشراء ونفذ على المضاربة، وحينئذ فليس له ولا لرب المال رده بالعيب لعلمه بالعيب ولإخلاله بالمقصود.[١]

وإنما قلنا بالجملة لأن **للشافعية** وجه آخر في حالة ما لو اشترى المعيب بقدر قيمته معيبا فلا يجوز له ذلك حينئذ، لأن الرغبات تقل في المعيب كما لو كان لا يساوي ما اشترى به، وعليه فيقع الشراء باطلا إن اشتراه بعين مال المضاربة، ويقع للمضارب خاصة إن اشتراه في الذمة، إلا أن الوجه الأصح عندهم الجواز مطلقا ولو اشتراه بقيمته إذا رأى المصلحة فيه فيصح الشراء، لأنه لا ضرر فيه على ربّ المال.[٢]

وجه الاتفاق:

لأن المقصود من عقد المضاربة هو الاسترباح ومدار تصرّف المضارب في المال دائر مع تحصيل الربح، والربح يحصل بشراء المعيب كما يحصل بالصحيح، بخلاف الوكالة حيث لا يجوز للوكيل شراء المعيب، إذ يحمل إطلاق التوكيل على شراء الصحيح وإطلاقه يقتضي السلامة، لأن المقصود فيها تحصيل ما وكل فيه، والشراء فيها يراد للقنية ولا يقتنى إلا السليم

---

١ – انظر: النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الرافعي، العزيز، ٢٢/٦. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. العمراني، البيان، ٢٠٩/٧. الغزالي، الوسيط، ١١٦/٤. الحجاوي، الإقناع، ٢٦٣/٢. ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٣/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥٠٠/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٢/٥. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. الحلي، قواعد الأحكام، ٩٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨، ٩٥. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٤/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠١/٦.

٢ – انظر: النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. الرافعي، العزيز، ٢٢/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢.

والصحيح.[١]

الفرع الثاني: الشراء بثمن حال:

وشراء المضارب بثمن حال قد يكون بنقد البلد أو بنقد غير نقدالبلد

أولا: الشراء حالا بنقد البلد:

لا خلاف بين الفقهاء في أن المضارب يملك الشراء بثمن حالّ نقدا بنقد البلد بمطلق عقد المضاربة، دون أن يتوقف ذلك على تفويض أو إذن خاص مسبق من ربّ المال، وبالتالي فشراء المضارب بالحال نافذ على المضاربة.[٢]

وجه الاتفاق:

١. لأن ذلك من صنيع التجار ومتعارف في مجال التجارة لتحصيل الربح، فيملكه بإطلاق العقد.[٣]
٢. لأن المقصود من عقد المضاربة هو الاسترباح، وهو لا يحصل إلا بالبيع والشراء اللذين هما قوام التجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوف التجارة ويصنع ما هو صنع التجار لكونه مفضيا إلى المقصود [٤]، فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار، لأنه قد يربح في جهة من التصرّف دون جهة، أو في نوع من الأنواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح والبيع حالا بنقد البلد من صنيعهم.[٥]
٣. لأن مقصود المضاربة أن يكون ربح المال بينهما ولا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأن الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال.[٦]

---

١ – انظر: البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥٠٠. ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٧٣. الشيرازي، المهذب، ٣/٤٨٢. النجفي، جواهر الكلام، ٢٦/٣٥٠. الكركي، جامع المقاصد، ٨/٩٥، ٩٦. ابن قدامة، المغني، ٧/١٥١. العمراني، البيان، ٧/٢٠٩.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢٢/١٧٠. العيني، البناية، ١٠/٨٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٨. الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٣٢٢. العمراني، البيان، ٧/٢٠٨. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ٢/١٢٦. الجعبي العاملي، الروضة البهية، ٤/٢١٦، ٢١٨. الحلي، قواعد الأحكام، ٨/٩٤. النجفي، جواهر الكلام، ٢٦/٣٥١.

٣ – انظر:السرخسي، المبسوط، ٢٢/١٧٠.العيني، البناية، ١٠/٨٢. المرغيناني، الهداية، ٨/٤٧٢. الحصكفي، الدر المختار، ٨/٣٧٧. الجعبي العاملي، الروضة البهية، ٤/٢١٧.

٤ – انظر: البابرتي، العناية، ٨/٤٥٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٢١. السرخسي، المبسوط، ٢٢/٣٨.

٥ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٢٤.

٦ – الكركي، جامع المقاصد، ٨/٩٤.

ثانيا: الشراء حالا بنقد غير نقد البلد:

اختلف الفقهاء في جواز شراء المضارب بنقد غير نقد البلد هل يملكه بمطلق العقد، أم يحتاج ذلك إلى إذن ربّ المال؟ على قولين، ويرجع اختلافهم هنا إلى مدى تحقيق هذا التصرف لمصلحة المضاربة ومقصودها أو إيقاع الضرر بمالها:

القول الأول: يجوز للمضارب الشراء بنقد غير نقد البلد بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن.

وإليه ذهب **الحنابلة في رواية**.[١]

القول الثاني: لا يملك المضارب ولا يجوز له الشراء بنقد غير نقد البلد إلا بإذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الشافعية** [٢] **والحنابلة في رواية** [٣] **والجعفرية**.[٤]

وقد اكتفى **الحنابلة** في الإذن لجواز ذلك بأن يكون إذنا عاما (التفويض) كأن يقول له: "اعمل برأيك".[٥]

وعليه فإن خالف المضارب فاشترى بنقد غير البلد ضمن، وحكمه عند **الحنابلة** حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وعليه فيكون عندهم في هذه المسألة رأيان: أحدهما: أن البيع يصح ويضمن النقص، لأن الضرر ينجبر بضمان النقص، والثاني: وهو القياس أن البيع باطل، لأنه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه بيع الأجنبي[٦]، وأما عند **الجعفرية** فالبيع عندهم موقوف على إجازة ربّ المال لأنه تصرّف فضولي، فإن أجاز ربّ المال صح البيع، وإن لم يجز بطل البيع.[٧]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

قياسا على جواز بيع وشراء العرض بالعرض، فكما يجوز أن يبيع عرضا بعرض ويشتريه به كذلك يجوز الشراء بنقد غير البلد.[٨]

---

١ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٢ – العمراني، البيان، ٢٠٨/٧.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٤ – الجعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤، ٢١٩.

٥ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٦ – انظر:ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧، ١٥١.

٧ – الجعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤، ٢١٩.

٨ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

أدلة القول الثاني:

حملا لإطلاق العقد على المتعارف وهو الشراء بنقد البلد فلا يجوز الشراء بنقد غير البلد.(١)

اعتراض:

يعترض على ما ذكر بأن كون الغالب المتعارف بين التجار هو التعامل بنقد البلد لا ينفي تعاملهم بنقد غير نقد البلد.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، ووجه هذا الاختيار ما يلي:

١. لأن تصرّف المضارب في مال المضاربة منوط بما يحقق مصلحة المضاربة، ومصلحة المضاربة قد تقتضي الشراء بعملة أجنبية، لكون بعض التجار وبالذات الأجانب منهم لا يقبلون ببيع بضائعهم إلا بنقد بلادهم أو بعملة أجنبية معينة لها قوة وتداول وانتشار في الأسواق كالدولار أو اليورو ونحوها.

٢. لأن عادة التجار في زماننا جرت على الشراء بالعملات الأجنبية، وذلك لانتشار التجارة وتوسعها عالميا بعمليات الاستيراد والتصدير التي تعد شريان التجارة وأساسها، فلم تعد التجارة مقصورة في إطار البلد الواحد، بل تعدت ذلك وأصبحت عبارة عن شبكة متصلة ومتشابكة ومترابطة ومنتشرة بين دول العالم المختلفة التي تملك كل منها عملة خاصة بها، وعليه فكما لم تعد التجارة مقصورة على البلد الواحد فكذلك لا ينبغي أن يكون النقد فيها مقصورا على عملة البلد وحدها دون غيره من العملات.

٣. لأن في منع المضارب من الشراء بالعملة الأجنبية تحجيرا عليه في تصرّفه دون مسوغ منطقي، وتضييقا لرقعة تجارة المضاربة، وبالتالي تقليلا لربحها في زمن تشهد التجارة فيه توسعا وانفتاحا على دول العالم قاطبة بما تملكه من عملات مختلفة.

٤. لأنه لا ضرر لاحق بمال المضاربة أو برب المال من وراء الشراء بعملة أجنبية، لأن الحاصل في يده هو تلك السلع والبضائع وليس نقد غير البلد، فليس هناك ضرر ولا محظور يخاف منه، وخاصة مع سهولة ويسر عمليات الصرف وتبديل العملات، فهي متاحة في معظم دول العالم في زماننا، والله تعالى أعلم.

الفرع الثالث: الشراء نسيئة:

اختلف الفقهاء في جواز شراء المضارب بالنسيئة للمضاربة، وهل يملك ذلك بمطلق العقد أم لا بد لجواز ذلك من إذن ربّ المال؟ على قولين، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلاف نظرتهم

في اعتبار شراء المضارب بالنسيئة من باب أكل رب المال ربح ما لم يضمن وأنه استدانة وزيادة على رأس مال المضاربة لم يتم الاتفاق عليها عند العقد:

<u>القول الأول:</u> لا يجوز للمضارب الشراء بالنسيئة سواء أذن له ربّ المال بذلك أو لم يأذن. وإليه ذهب **المالكية**.[٢]

إلا أن **المالكية** استثنوا من حكم المنع السابق حالتين يجوز فيهما عندهم للمضارب الشراء بالنسيئة والدين عند وجود الإذن له من ربّ المال:

<u>الحالة الاولى</u>: إذا كان المضارب مديرا[٣] فيجوز له الشراء بالنسيئة والدين على المضاربة بإذن ربّ المال إلى أن يبيع ويقضي، بشرط أن يكون ما يشتريه بالدين يفي به مال المضاربة وإلا لم يجز، وذلك لأن عروض المدير كالعين في الزكاة، ولأنه لا يستغني عن ذلك.[٤]

<u>الحالة الثانية</u>: إذا لم يكن المضارب مديرا بل محتكرا وأذن له ربّ المال بأن يشتري بالدين على القراض على أنه إن ضاع مال القراض كان ضامنا لذلك فيجوز عندئذ وتكون السلعة على القراض.[٥]

وبناء على ما سبق إذا خالف المضارب فاشترى بالنسيئة شيئا أو عرضا للمضاربة وقع الشراء للمضارب وحده ويختص بربحه وخسارته ولا يقع للمضاربة، وهذا إذا كان ما اشتراه منفردا عن سلع المضاربة ومالها غير مختلط به كأن يشتري سلعتين سلعة بمال المضاربة وسلعة بالنسيئة على المضاربة فهنا يختص المضارب بملك السلعة الثانية، أما إن كان ما اشتراه مجتمعا مع سلع المضاربة ومالها مختلطا به بحيث يعسر أو يستحيل إفراده وعزله عن بقية مال وسلع المضاربة، مثل أن يكون مال المضاربة مائة دينار فيشترى سلعة بمائتين مائة هي مال القراض والأخرى مؤجلة ودين، فقد اختلف **المالكية** اختلافا بينا في حكم ذلك على أربعة أقوال:**<u>القول</u>**

---

١ -انظر: الجعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤.

٢ - الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٤/٣-٤٤٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٧٠/٧. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧. الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٨/٥. القرافي، الذخيرة، ٧٦/٦، ٧٧. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٥/٢. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٣/٦. الباجي، المنتقى، ١١٥/٧، ١٢٦.

٣ - المدير: هو الذي يدير ماله في التجارة ويكثر بيعه وشراؤه ولا يقدر أن يضبط أحواله ولا يكاد يجتمع ماله كله عينا فكلما باع اشترى كالحناط والبزاز والذي يجهز الأمتعة للبلدان، والمحتكر عكس ذلك فإذا باع وتحول المال من سلع إلى نقد فإنه لا يشتري به سلع أخرى. انظر: الحطّاب، مواهب الجليل، ١٨٧/٣.

٤ - انظر: البناني، الفتح الرباني، ٣٩٧/٦، ٤٠٤. القرافي، الذخيرة، ٧٧/٦. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٤/٣-٤٤٥. العدوي، حاشية العدوي، ١٦٩/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٨/٥.

٥ - البناني، الفتح الرباني، ٣٩٧/٦، ٤٠٤.

الأول: إن الشراء يقع للمضارب ويكون شريكا لرب المال بما زاده على مال المضاربة فيختص بربح الزيادة وخسرها ورجّح الدردير هذا القول وقال بأنه الراجح، و**القول الثاني:** إن ربّ المال يخير مطلقا بين الالتزام بتلك الزيادة ودفعها ويصير بذلك المال كله له، أو عدم قبوله وتركه للمضارب يختص به فيكون بذلك شريكا لرب المال، ورجّح الدسوقي هذا القول وقال: هذا هو الصواب، و**القول الثالث:** إن الخيار يثبت لرب المال إذا كان الشراء بالحال فنقد المضارب الزائد من ماله الخاص ليكون دينا له على المضاربة بنية الرجوع به على ربّ المال فيثبت له الخيار عندئذ، أما إن كان الشراء بثمن مؤجل فلا تخيير لرب المال بل تتعين مشاركة المضارب له، و**القول الرابع:** إن التخيير يثبت لرب المال في حالة ما لو كان المضارب مديرا حيث يجوز له الشراء بالدين بإذن ربّ المال فإن خالف عندها المضارب فاشترى بالدين بلا إذن فيثبت له الخيار عندئذ، أما ما عدا هذه الحالة فلا يثبت الخيار له بل تتعين المشاركة.[١]

القول الثاني: يملك المضارب الشراء بالنسيئة مطلقا بمطلق العقد ما لم يحجر عليه ربّ المال. وإليه ذهب **الأباضية في قول**.[٢]

القول الثالث: لا يملك المضارب الشراء بالنسيئة مطلقا إلا بإذن ربّ المال، فلا يملكه بمطلق العقد، فإن أذن له جاز ووقع الشراء للمضاربة، وإلا لم يجز.

وإليه ذهب **الشافعية** [٣] **والجعفرية**[٤] **والأباضية** في المنصوص.[٥]

وقد اشترط **الشافعية والأباضية** لجواز شراء المضارب بالنسيئة الإذن الخاص (التصريح) من

---

١ – انظر: الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٥/٣. الدردير، الشرح الكبير، ٢٩١/٥، ٢٩٨. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٥/٣. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩١/٥، ٢٩٨. البناني، الفتح الرباني، ٣٩٦/٦ –٣٩٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩٦/٦، ٤٠٣–٤٠٤. العدوي، حاشية العدوي، ١٥٩/٧، ١٧٠. القرافي، الذخيرة، ٧٦/٦–٧٧.

٢ – أطفيش، شرح النيل، ١٠/ ٣٧٠. الكندي، المصنف، ١٠٨/٢٥. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٦/٦.

٣ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥، ٢٣٣، ٢٣٤. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٥٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢، ٤٠٨. النووي، منهاج الطالبين، ص١٥٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧. الرافعي، العزيز، ٢١/٦. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧. الشربيني، الاقناع، ١٩٥/٣. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٥/٥. النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. البغوي، التهذيب، ٣٨٧/٤. الغزالي، الوسيط، ١١٦/٤.

٤ – الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨، ٩٤. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤، ٢١٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨، ٩٤. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢.

٥ – أطفيش، شرح النيل، ١٠/ ٣٦٩–٣٧٠. الكندي، المصنف، ١٠٨/٢٥. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٦/٦.

ربّ المال، فإذا أذن له إذنا صريحا جاز له ذلك ووقع الشراء للمضاربة ودخل في مالها، أما إذا أذن له إذنا عاما كأن يقول له: "تصرّف كيف شئت" و"افعل ما ترى" فلا يجوز له عندئذ الشراء بالنسيئة بذلك الإذن[١]، في حين اكتفى **الجعفرية** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا التنصيص عليه.[٢]

إلا أن فقهاء **الجعفرية والأباضية** وبعض فقهاء **الشافعية** قيدوا الشراء بالنسيئة للمضاربة ـ في حال الإذن به ـ بأن لا يتجاوز به مقدار مال المضاربة، ومنعوا الزيادة عليه فإن اشترى بأكثر من مال المضاربة لم يقع الزائد للمضاربة، لأن المضارب مأذون له بالشراء في الذمة بقدر مال المضاربة، وما زاد عليه خارج منه لم يرض به ربّ المال، فلا يتسلط على الشراء بما زاد، لامتناع إذنه في مال غيره فلا يقع له الشراء إلا في مقدار ما تناوله الإذن.[٣]

وبناء على ما سبق فإن خالف المضارب فاشترى شيئا بالنسيئة للمضاربة لم ينفذ الشراء على المضاربة، أما حكم الشراء فعند **الشافعية** يقع الشراء للمضارب خاصة ويلزمه الثمن في ذمته وحده إن كان الشراء نسيئة في الذمة لأنه اشترى لغيره ما لم يأذن فيه، أما إن كان بعين مال المضاربة فيبطل الشراء من أصله لأنه اشترى بمال غيره ما لم يؤذن فيه[٤]، أما عند **الجعفرية** فيكون الشراء موقوفا على إجازة ربّ المال لأنه تصرّف فضولي غير مأذون فيه، فإن أجاز وقع الشراء للمضاربة ودخل في مالها، وإن لم يجز ربّ المال ذلك بطل الشراء إن كان المضارب ذكر أن الشراء للمضاربة أو لرب المال لفظا، أما إذا لم يذكر ذلك لفظا بل نواه فيصح الشراء ويقع للمضارب خاصة ويتعلق الثمن بذمته[٥] وأما عند **الأباضية** فيقع الشراء للمضارب ويختص بربحه ووضيعته.[٦]

---

١ – انظر: العمراني، البيان، ٢٠٨/٧. أطفيش، شرح النيل، ١٠/ ٣٦٩–٣٧٠.

٢ – الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨.

٣ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٣/٧، ٣٥٠–٣٥١. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٧/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. الرافعي، العزيز، ٢٢/٦. الكركي، جامع المقاصد، ٩٥/٨، ١٣٩. الحلي، قواعد الأحكام، ٩٥/٨. أطفيش، شرح النيل، ١٠/ ٣٧٠. الكندي، المصنف، ١٠٨/٢٥. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٦/٦.

٤ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٤/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٥/٢. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٥٥. الغزالي، الوسيط، ١١٦/٤.

٥ – الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤، ٢١٨، ٢١٩. الكركي، جامع المقاصد، ٨٧/٨، ٩٤. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٧/٨، ٩٤. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٢/٢٦.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ١٠/ ٣٦٩،٣٧٠.

<u>القول الرابع:</u> وذهب **الحنفية** [١] **والحنابلة**[٢] إلى التفصيل في ذلك حيث فرّقوا بين حالتين للشراء بالنسيئة:

<u>الحالة الاولى</u>: إذا اشترى المضارب السلعة بثمن مؤجل عنده من مال المضاربة مثله من جنسه، كأن كان في يده من مال المضاربة دراهم ودنانير فاشترى بالدراهم والدنانير شيئا نسيئة، أو كان عنده شيء من المكيل والموزون فاشترى بمثل ذلك الجنس شيئا نسيئة، فعندئذ يجوز للمضارب الشراء نسيئة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن أو تفويض من ربّ المال، ويقع شراؤه ذاك للمضاربة.

<u>الحالة الثانية</u>: إذا اشترى المضارب السلعة بثمن أكثر من رأس مال المضاربة ــ كأن يكون رأس المال ألف فاشترى سلعة بألفين مثلا أو اشترى سلعتين سلعة بألف المضاربة وسلعة بألف نسيئة ــ أو اشترى بثمن ليس من جنس ما عنده أي ليس معه من جنس ذلك الثمن ما يمكن أن يوفي به ــ كأن لم تكن في يده دراهم ولا دنانير فاشترى بدراهم ودنانير شيئا أو كان مال المضاربة عروضا فاشترى بدراهم ودنانير شيئا أو اشترى بمثلي وليس عنده مثلي ــ[٣] فعندئذ لا يجوز للمضارب الشراء نسيئة بثمن مؤجل إلا بإذن ربّ المال ولا يملك ذلك بمطلق العقد، فإن أذن جاز له ذلك.

وقد اكتفى **الحنابلة** لجواز شراء المضارب بالنسيئة للمضاربة بالإذن العام (التفويض)، ولم يشترطوا التنصيص والتصريح له بذلك، فإن قال: "اعمل برأيك أو بما تراه" ورأى مصلحة جاز له ذلك ووقع الشراء للمضاربة ودخل المشترى في مالها عندهم.[٤]

أما **الحنفية** فقد اشترطوا لجواز ذلك الإذن الصريح بذلك والتنصيص عليه من قبل ربّ المال،

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥–١٢٦، ١٢٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨، ٣٧٨، ٣٧٩. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٧/٥، ٥٤٧، ٥٤٨. العيني، البناية، ٨٥/١٠– ٨٦. السرخسي، المبسوط، ١٧٤/١١. ٧٥/٢٢، ١٧٠–١٧٢، ١٧٨. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٨/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢.

٢ – ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧. ابن مفلح، المبدع، ٣٠/٥،٢٦. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٨/٣. البغلي، تقي الدين أبي بكر بن إبراهيم بن يوسف، <u>حاشية ابن قندس</u>، ط١، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ– ٢٠٠٣م ، ٨٩/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٣٦/٥–٤٣٧. ابن قدامة، المغني، ١٥٥/٧.

٣ – وهذه **الحالة الثانية** للشراء بالنسيئة هي إحدى صورتي الاستدانة، وسيأتي الكلام عن الاستدانة إن شاء الله.

٤ – ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧.

أما التفويض العام كقوله:اعمل برأيك" فلا يجوز معه الشراء بالنسيئة أو الاستدانة عندهم، وذلك لأن قوله "اعمل برأيك" تفويض إليه وتعميم فيما هو من المضاربة وعادة التجار وصنيعهم والاستدانة ــ أي الشراء بالنسيئة على الوجه الممنوع ــ لم تدخل في عقد المضاربة ولا يحتمل أن تلحق بها وليست من صنيع التجار، فلم تدخل في التعميم لأن فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ، فلا يملكها المضارب إلا بإذن ربّ المال بها نصا [١]، فإن أذن له ربّ المال إذنا صريحا بذلك جاز له الشراء بالنسيئة فيكون ما يشتريه شركة بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه، فيكون ربحه ووضيعته بينهما نصفين، ويصير الثمن دينا عليهما معا، لأنه لا يمكن أن يجعل المشترى بالدين مضاربة، لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عين، وإذا لم تكن مضاربة لم يبق إلا أن تكون شركة بينهما في معنى شركة الوجوه، ويكون المشتري بينهما نصفين، لأن إطلاق الشركة يقتضي التساوي، ويكون الربح نصفين تبعا لأصله ولا يجوز التفاضل فيه، سواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو أثلاثا لأن هذه شركة على حدة وهي عقد آخر وراء المضاربة فلا يبنى على حكم المضاربة.[٢]

وبناء على ما سبق فإن خالف المضارب فاشترى نسيئة بثمن ليس في يده مثله من جنسه بلا إذن ربّ المال لم يقع الشراء للمضاربة، ونفذ على المضارب وحده ولزمه الدين خاصة، لأن الشراء وجد نفاذا عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف، وإن خالف فاشترى بأكثر من رأس المال بلا إذن وقع ما زاد على مال المضاربة للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته، والزيادة دين عليه في ماله، لأنه يملك الشراء برأس مال المضاربة، ولا يملك الشراء بما زاد عليه للمضاربة ويملك الشراء لنفسه فوقع له، ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي، وهذا رأي **الحنفية** والمذهب عند **الحنابلة** لأن هذا زيادة في مال المضاربة فتكون له وحكمه حكم ما لو اشترى لغيره شيئا بغير إذنه، وللحنابلة رواية أخرى بأن الشراء موقوف على إجازة ربّ المال وهو مبني على تصرّف الفضولي.[٣]

---

١ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٢٧، ٥٤٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٢٥، ١٢٧، ١٢٨–١٢٩. الحصكفي، الدر المختار، ٨/٣٧٨. المرغيناني، الهداية، ٨/٤٧٣. العيني، البناية، ١٠/٨٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٨/٣٧٩.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٢٨. السرخسي، المبسوط، ٢٢/١٧٩–١٨٠. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥/٥٢٥، ٥٤٨. العيني، البناية، ١٠/٨٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٧–٥٤٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٨/٣٧٨.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٢٥–١٢٦. ابن عابدين، رد المحتار، ٨/٣٧٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٨. العيني، البناية، ١٠/٨٥–٨٦. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٩، ٣٢١. الشلبي، حاشية

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن العامل يضمن الدين في ذمته لا في ذمة ربّ المال، فلو جاز الشراء بالدين ووقع للمضاربة لأدى إلى أن يأخذ ربّ المال ربح ما لم يضمن، وهو ممنوع لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن[١] فكيف يأخذ ربّ المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته؟[٢]

٢. لأن العامل إذا اشترى بدين خرج عمله عن مال القراض، فيعود ذلك بالجهل برأس مال القراض بزيادة يزدادها على العامل.[٣]

اعتراض:

١. يعترض على ما سبق بأن ضمان العامل الثمن في ذمته لا ينفي ضمان رب المال ، لأنه العامل سيفي به من مال رب المال.

٢. كما يعترض على دعوى أن ذلك أكل رب المال ربح ما لم يضمن بأن محل لك اذا كان بغير إذن، أما اذا أذن له رب المال كان الدين في ذمة رب المال لا في ذمة المضارب، فكان ذلك أكل لربح ما يضمن.

أدلة القول الثاني:

لم أقف على أدلة للقول الثاني فيما اطلعت عليه، والله تعالى أعلم.

أدلة القول الثالث:

١. لأنه قد يكون في الشراء بالنسيئة إضرار برب المال، لاحتمال تلف رأس المال، فتبقى

الشلبي، ٥/٥٢٥. ابن مفلح، المبدع، ٥/٢٦، ٣٠. ابن قدامة، المغني، ٧/١٥٥. ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٧٢. البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥١٨.

١ – رواه الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٣/٥٣٥. وأبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، ٣/٢٨٣. والنسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط٢، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، ٧/٢٩٥. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ٢/٧٣٧. وقال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح.

٢ – انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ٧/١٧٠. الآبي، جواهر الإكليل، ٢/١٧٥. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥/٢٩٨. الصاوي، بلغة السالك، ٣/٤٤٤، ٤٤٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٦/٤٠٤.

٣ – الباجي، المنتقى، ٧/١١٥.

عهدة الثمن متعلقة بالمالك، وقد لا يقدر على الخروج عن تلك العهدة وذلك ضرر.[١]

٢. لأن شراء المضارب بالنسيئة منافٍ لمقصود المضاربة، إذ إن مقصودها أن يكون ربح المال بينهما، ولا يكون ذلك إلا إذا اشترى بعين المال لا في الذمة، لأن الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال.[٢]

٣. لأنه يتصرّف في مال غيره بغير إذنه فاقتضى الإطلاق وذلك كالوكيل[٣]، فعقد المضاربة بإطلاقه يقتضي الشراء بالعين، والنسيئة تنافي ذلك فلا يكون مأذونا فيها.[٤]

٤. لأن الشراء بالنسيئة يؤدي إلى الزيادة على مال المضاربة الذي عقدت عليه، ورب المال قد لا يريد التجارة بغير المال الذي دفعه إلى المضارب.[٥]

٥. لأن الآجال لا تثبت في العقود إلا بشرط كالأثمان.[٦]

٦. ووجه جواز الشراء بالنسيئة مع الإذن: إن المنع لحق ربّ المال، وقد زال بإذنه.[٧]

أدلة القول الرابع:

١. وجه جواز الشراء بالنسيئة للمضارب إذا اشترى بثمن عنده مثله من جنسه: لأن في يده من المال مثل ما اشترى به، فلا يكون هذا استدانة على المضاربة، إذ إنه يملك عند حلول الأجل أداء الدين وإيفاء الثمن بما في يديه، والشراء بالنسيئة وبالنقد من صنيع التجار وعادتهم، فيملك المضارب النوعين جميعا بمطلق العقد.[٨]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه لا يسلّم بأن شراء المضارب نسيئة بجنس ما عنده لا يفضي إلى

---

١ – انظر: الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٥/٥.

٢ – انظر: الكركي، جامع المقاصد، ٩٤/٨. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧.

٣ – العمراني، البيان، ٢٠٨/٧.

٤ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨.

٥ – انظر: النجفي، جواهر الكلام، ٣٥١/٢٦. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. العمراني، البيان، ٢٠٨/٧.

٦ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٢/٧.

٧ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥.

٨ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٧٥/٢٢، ١٧٠، ١٧١. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨. العيني، البناية، ٨٥/١٠.

الزيادة، لاحتمال تلف ما في يده فتبقى العهدة على رب المال حينئذ بغير رضا منــه، كمــا أن إطلاق الإذن بالشراء وجريان عادة التجار بالشراء نسيئة مقيد بالشراء بما لا يتجــاوز نطــاق وحجم ومقدار المال الذي عقدت عليه المضاربة لئلا يلحق الضرر برب المال.

٢. <u>وجه عدم جواز الشراء بالنسيئة للمضارب إذا اشترى بثمن ليس عنده مثله من جنسه أو اشترى بأكثر من رأس المال</u>: لأن الشراء بأكثر من مال المضاربة والشراء بثمن لــيس عنده مثله من جنسه يعتبر استدانة، والمضارب لا يملك الاستدانة على مال المــضاربة بغير إذن ربّ المال [١]، وذلك لما يلي:

أ. لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا ربّ المال، إذ لو صــحت استدانته زاد مال المضاربة على ما انعقدت عليه المضاربة وما رضي ربّ المــال بتصرّفه إلا في مقدار ما جعله رأس المال، فالاستدانة على المال تــصرّف بغيــر رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال، فلا يحتمل التعدي إلا أن ينص عليه.[٢]

ب. لأن في الاستدانة إثبات زيادة ضمان على ربّ المال من غير رضــاه، لأن ثمــن المشتري برأس المال في باب المضاربة مــضمون علــى ربّ المــال، بــدليل أن المضارب لو اشترى برأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فإن المضارب يرجع إلى ربّ المال بمثله، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لــم يرض به، وهذا لا يجوز.[٣]

<u>الرأي المختار:</u>

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثالث**، حتى لو كان في يده مثل ذلــك الــثمن لاحتمال تلف ما في يده فتبقى العهدة على ربّ المال حينئذ دون رضاه، فإن أذن له صراحة جاز ووقع الشراء للمضاربة، وإلا لم يجز، ولكن ينبغي مع الإذن أن لا يبالغ في الــشراء بالنــسيئة، ولذلك ينبغي لرب المال عند الإذن للمضارب بذلك أن يعين له حدا أعلى لمقدار مــا يــشتريه بالنسيئة حتى لا يتجاوزه، فإن أذن له دون أن يحدد له ذلك فيجري الأمر حينئذ على المتعارف

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٦/٥. السرخسي، المبــسوط، ١٧١/٢٢. الــشلبي، حاشــية الــشلبي، ٥٤٨/٥.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. السرخسي، المبسوط، ١٧٤/١١. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفنــدي، قــرة عيــون الأخيار، ٣٢١/٢.

به بين التجار في ذلك وعادتهم، ووجه هذا الاختيار ـــ بالإضافة إلى ما استدل به الفريق الثالث من الأدلة ـــ ما يلي:

١. لأن شراء المضارب بالنسيئة للمضاربة بدون إذن ربّ المال يزيد حجم رأس مال المضاربة ومقداره، ويتجاوز به الحد المتفق عليه عند إبرام عقد المضاربة، فيصير مال المضاربة حينئذ أكثر مما رضي ربّ المال بالمضاربة فيه، فالمضاربة إنما عقدت على رأس المال المعلوم القدر، فلا يجوز الزيادة فيه إلا برضى ربّ المال، كما أن هذا من ناحية أخرى يعتبر إنفرادا من قبل أحد العاقدين ـــ وهو المضارب ـــ بتغيير بند من بنود عقد المضاربة من غير الرجوع إلى الطرف الآخر ـــ وهو ربّ المال ـــ وأخذ رأيه في ذلك وهو لا يجوز.

٢. لأن شراء المضارب بالنسيئة يتضمن إيجاب مال زائد في ذمة ربّ المال دون رضاه، وذلك إضرار ظاهر به، لأن ربّ المال عند عقد المضاربة على جزء محدد من ماله قد يضع في حسبانه قبول وقوع الخسارة أو التلف في ذلك الجزء من ماله الذي عقدت عليه المضاربة ويرضى بالخسارة في نطاقه دون سائر ماله، وبالشراء بالنسيئة يتجاوز احتمال الخسارة والتلف ذلك الجزء إلى بقية أمواله، وذلك ضرر لا يجوز برب المال، لأنه لم يرضى بوقوع الخسارة في غير ذلك الجزء من ماله.

٣. لأن الإذن الممنوح للمضارب بموجب عقد المضاربة بالتصرّف مقصور على نطاق وحجم ومقدار المال الذي عقدت عليه المضاربة فقط، إذ إن ربّ المال ما رضي بتصرّف المضارب إلا في مقدار ما جعله رأس مال للمضاربة، فإذا اشترى نسيئة فقد تجاوز بالتصرّف نطاق الإذن الممنوح له والمسموح به، وهذا لا يجوز، والله تعالى أعلم.

الفرع الرابع: الشراء بثمن المثل وبالغبن اليسير والفاحش:

لا خلاف بين الفقهاء في أن للمضارب بمطلق العقد أن يشتري بثمن المثل وبأكثر من ثمن المثل بغبن يسير جرت عادة الناس وعرفهم أن يتغابنوا بمثله ويتسامحوا فيه ويعتبر معفوا عنه، ولا أثر للزيادة اليسيرة في عقده، دون حاجة في ذلك إلى إذن ربّ المال.[١]

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٠/٥، ١٢١. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٨/٢. ابن عابدين، رد المحتار، ٢٢٧/٨. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧. العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤. اطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٠/٦–١٠١.

كما **لا خلاف بين الفقهاء** أيضا في أن المضارب لا يملك بمطلق العقد الشراء بأكثر من ثمن المثل بغبن فاحش لا يتغابن الناس بمثله عادة، فلا يملك ذلك إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا لم يجز.[١]

وعليه فقد اشترط **الحنفية** لجواز شراء المضارب بالغبن الفاحش الإذن الصريح والخاص من ربّ المال بذلك، وأما الإذن العام كقوله " اعمل برأيك " و"افعل ما شئت" فلا يكفي عندهم لجواز ذلك[٢]، في حين اكتفى **الجعفرية** لجواز ذلك بعموم الإذن دون اشتراط التصريح بذلك.[٣]

إلا أنه حتى مع وجود الإذن للمضارب بالشراء بالغبن الفاحش فينبغي أن لا يبالغ في الغبن، بل يبيع بما تدل القرينة على ارتكابه عادة في مثل ذلك، فإن بالغ في الغبن لم يصح تصرّفه.[٤]

وعليه فلو خالف المضارب فاشترى بالغبن الفاحش ضمن بدفعه للثمن[٥]، وأما حكم الشراء فقد اختلف الفقهاء في صحته: فعند **الحنفية والمالكية** يصح الشراء وينفذ على المضارب وحده لا على المضاربة لكونه مخالفا بذلك.[٦]

وعند **الشافعية:** إن كان الشراء بعين مال المضاربة بطل الشراء، وإن كان في الذمة فيقع للمضارب لا للمضاربة ويكون لازما له وحده، وعليه أن يؤدي الثمن من مال نفسه.[٧]

وأما **الحنابلة:** إن كان الشراء بعين مال المضاربة فعندهم رأيان بناء على رأيهم في البيع بالغبن الفاحش: أحدهما: إن الشراء يصح ويضمن الزيادة، لأن الضرر ينجبر بالضمان،

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢١/٥، ١٢٩. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٧/٢–٣١٨، ٣١٩. القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٥/٥. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧. العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣. الكركي، جامع المقاصد، ٨٥/٨، ٨٩–٩٠. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨، ٨٩. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤. اطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٩/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٧/٢–٣١٨، ٣١٩. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢.

٣ – الحلي، قواعد الأحكام، ٨٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٨٦/٨.

٤ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣١/٥.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٣/٣. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠١/٦.

٦ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢١/٥. القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦.

٧ – البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧.

والثاني: وهو القياس إن الشراء باطل، لأنه شراء لم يؤذن له فيه فأشبه شراء الأجنبي، وإن كان الشراء في الذمة كان الشراء موقوفا على إجازة ربّ المال فإن أجاز وقع للمضاربة، وإن لم يجز صح الشراء ولزم المضارب دون ربّ المال، وقيل: إن أطلق الشراء ولم يذكر ربّ المال، فكذلك، وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان، فالشراء باطل أيضا.[١]

أما **الزيدية** فعندهم الشراء موقوف على إجازة ربّ المال، فإن أجاز صح الشراء ونفذ، وإن لم يجز ضمن وردَّ لمال المضاربة هذا إذا لم يكن ثمة ربح، أما لو كان ثمة ربح فإنه ينفذ الغبن في قدر حصته من الربح، ولا نقص على المالك.[٢]

أما **الجعفرية** فالشراء عندهم موقوف على إجازة ربّ المال، لكونه تصرّفا غير مأذون فيه فكان فضوليا، فإن أجاز ربّ المال صح ونفذ الشراء على المضاربة لأن العقود بالقصود، وإن لم يجز ربّ المال ذلك ؛ فإن كان الشراء بعين مال المضاربة فعندهم احتمالان كالبيع بالغبن الفاحش: أحدهما: وهو المذهب أن الشراء يبطل به، والاحتمال الآخر: الشراء صحيح ويضمن التفاوت، وإن كان الشراء في الذمة ؛ فإن أطلق الشراء فلم يذكر فيه ربّ المال صح الشراء ولزم المضارب وحده، وإن ذكر ربّ المال فيه بطل به الشراء.[٣]

<u>وجه الاتفاق:</u>

١. لأن الغبن اليسير الذي يتغابن الناس بمثله لا يمكن التحرز منه[٤]، والعقود لا تخلوا غالبا منه فيكون معفوا عنه إذ هو كعدمه.[٥]
٢. حملا للشراء على المتعارف المعتاد عند الناس وهو الشراء بثمن المثل وبالغبن اليسير لا بالغبن الفاحش، لأن المضاربة توكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء مطلقا ينصرف إلى المتعارف وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله، فصار المضارب بمنزلة الوكيل بالشراء في وقوع شرائه على المعروف المعتاد.[٦]

---

١ – ابن قدامة، المغني، ٧/١٥٠–١٥١. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٣/٣.

٢ – العنسي، التاج المذهب، ١٦٢/٣.

٣ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٧/٨، ٩١، ٩٢–٩٣. الحلي، قواعد الأحكام، ٨٧/٨، ٩٢–٩٣. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٦/٤، ٢١٩.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٥١/٧.

٥ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٤/٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢.

٦ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٠/٥، ١٢١، ١٢٩. الجبعبي العاملي، الروضة البهية، ٢١٧/٤. السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢.

٣. لأن في الشراء بالغبن الفاحش إضرار برب المال[١]، لأن فيه تنقيص مال المضاربة وليس له ذلك.[٢]

٤. لأن الشراء بما لا يتغابن في مثله محاباة، والمحاباة تبرع، والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة، إذ هو مأمور بالتجارة لا بالتبرع.[٣]

٥. لأن المضارب في الشراء كالوكيل، والوكيل لا يملك أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه، فكذلك المضارب.[٤]

٦. لمنافاة الشراء بالغبن الفاحش لمقصود المضاربة غالبا، لأن الغرض المقصود منها هو تحصيل الربح والفائدة، فوجب أن يكون تصرّف المضارب مقصورا على ما يحصل هذه الفائدة فيمنع من التصرّف المؤدي إلى ما يضاد هذا الغرض[٥]، إذ الأصل أن تصرّف المضارب في المضاربة موضوع لتثمير المال وتنميته لا ما يضاده، ولذلك يلزمه في شرائه شرطان: أحدهما: أن يشتري ما يرجو منه فضلا وربحا إما في الحال أو ثاني حال، فإن اشترى ما يعلم أن لا فضل فيه في الحال أو المآل لم يجز لعدم الربح المقصود به، والشرط الثاني: أن يكون الشراء إما مسترخصا إن كان بيعه في الحال أو بثمن مثله إن كان يتوقع فيه ربحا في المآل.[٦]

الفرع الخامس: الشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة:

ولم أجد فيما اطلعت عليه من الفقهاء من تناول حكم تصرّف الشريك بالشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة لا صراحة ولا إشارة، إلا أنه يظهر لي جواز ذلك للمضارب بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن ربّ المال، فيفعل من الأنواع السابقة ما يرى فيه المصلحة للمضاربة، ومما يؤيد ذلك عدم تناول الفقهاء لهذه المسألة في باب المضاربة وسكوتهم عن إبداء الحكم فيها، والقاعدة تقول: الأصل في الأشياء الإباحة وفي المعاملات الجواز ما لم يرد دليل بخلافه، ولم يظهر دليل ينقض ذلك ولا فقيه صرح بالمنع.

وجه ذلك: لأن تلك الأنواع من التصرّف من عادة التجار وعرفهم الغالب، وقياسا على الشريك

---

١ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٦/٢.

٢ – القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٩/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٨/٢.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٥٤/٢٢. وانظر: ابن قدامة، المغني، ١٥٠/٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣١/٥.

٥ – الكركي، جامع المقاصد، ٨٥/٨.

٦ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٥٣/٧.

والوكيل لكون كل منهما متصرّف في مال غيره بإذن ــ بل هو أولى من الوكيل ــ فجاز له كما جاز لهما.

الفرع السادس: نية الشراء للمضاربة:

إذا اشترى المضارب عرضا فإن لذلك الشراء حالتان ؛ فإما أن يقع الشراء قبل إبرام عقد المضاربة أو يقع بعد العقد:

الحالة الاولى: شراء المضارب للمضاربة قبل إبرام عقد المضاربة:

إذا اشترى المضارب شيئا أو عرضا للمضاربة قبل عقد المضاربة ونواه أنه للمضاربة فلا خلاف في أن ذلك الشراء لا يقع للمضاربة ولا يدخل في مالها قطعا، وإنما يقع للمضارب.[١]

ولعل **وجه ذلك:** أن ذلك الشراء من المضارب وقع وليس للمضارب صفة قانونية تخوله التصرّف والشراء للمضاربة، إذ لم يكن وكيلا ولا نائبا عن ربّ المال وقت الشراء، لأن الشراء واقع قبل أن تترتب آثار عقد المضاربة ومنها منح سلطة التصرّف في المال للمضارب وتسلطه عليه، فهذه الآثار ليس لها وجود قبل العقد، وإنما تترتب آثار عقد المضاربة وتوجد بعد انعقاد العقد وتمامه لا قبله، وبالتالي لا يقع ذلك الشراء للمضاربة.

الحالة الثانية: شراء المضارب للمضاربة بعد إبرام عقد المضاربة:

إذا اشترى المضارب عرضا من جنس تجارة المضاربة بعد إبرام العقد فلذلك حالتان ؛ فإما أن ينوي بالشراء أنه للمضاربة أو ينوي به أنه لنفسه:

أولا: نية الشراء للمضاربة:

إذا اشترى المضارب بعد عقد المضاربة شيئا ونوى بذلك الشراء أنه للمضاربة أو اشتراه بمال المضاربة ولم ينوِ شيئا لا للمضاربة ولا لنفسه أو أشتراه بنيتها ومالها معا فلا خلاف في أن الشراء يقع للمضاربة ويدخل في مالها[٢]، فإذا كذّبه ربّ المال فقال: اشتريته لنفسك، وقال المضارب: اشتريته للمضاربة ــ وإنما يقع مثل هذا الاختلاف بين المضارب ورب المال في نية الشراء عند ظهور خسران في العرض المشترى غالبا ــ فقد اختلف الفقهاء فيما يصدق قوله مع يمينه منهما على قولين، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلافهم في تحديد من هو المدعي الذي يطالب بالبينة، ومن هو المدعى عليه الذي يكون القول قوله فيصدق مع يمينه إذا عجز الآخر

---

١ – العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥.

٢ – انظر: العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥. السرخسي، المبسوط، ٥١/٢٢، ١٧٠. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٨/٢.البجيرمي، حاشية البجرمي، ١٩٥/٣.

عن اثبات دعواه:

القول الأول: إن القول في ذلك هو قول المضارب فيصدق قوله مع يمينه.

وإليه ذهب **الحنفية**[١] **والشافعية في المشهور** والظاهر[٢] **والحنابلة**[٣] **والزيدية**[٤] **والجعفرية.**[٥]

القول الثاني: إن القول في ذلك هو قول ربّ المال فيصدق قوله مع يمينه.

وإليه ذهب **الشافعية في قول.**[٦]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن المضارب قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للمضاربة، ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه[٧]، لأن الاختلاف هاهنا في نيته، وهو أعلم بما نواه وقصده، لا يطلع على ذلك أحد سواه، فكان القول قوله فيما نواه، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق.[٨]

٢. لأنه أمين في الشراء، وتأمينه يقتضي أن يكون القول قوله، كالوكيل.[٩]

٣. لأن ربّ المال يدعي ذلك والمضارب ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه.[١٠]

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٥١/٢٢، ١٧٠.

٢ – النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الرافعي، العزيز، ٤٦/٦، ٤٧. العمراني، البيان، ٢٣٥/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٣/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٨/٢.

٣ – الحجاوي، الإقناع، ٢٦٨/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. ابن قدامة، المغني، ١٨٤/٧–١٨٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٢/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢. ابن مفلح، المبدع، ٣٥/٥.

٤ – العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣، ١٦٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٦/٥.

٥ – الحلي، قواعد الأحكام، ١٦٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ١٦٦/٨. مغنية، فقه جعفر الصادق، ١٧٠/٤.

٦ – النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الرافعي، العزيز، ٤٦/٦. العمراني، البيان، ٢٣٥/٧.

٧ – الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧.

٨ – ابن قدامة، المغني، ١٨٥/٧. وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٣/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. ابن مفلح، المبدع، ٣٥/٥. السرخسي، المبسوط، ٥١/٢٢، ١٧٠. الكركي، جامع المقاصد، ١٦٦/٨. الرافعي، العزيز، ٤٦/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٣/٢. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٦/٥.

٩ – ابن قدامة، المغني، ١٨٥/٧. التنوخي، الممتع، ٤١٠/٣.

١٠ – التنوخي، الممتع، ٤١٠/٣.

٤. لأن المشترى في يده وهو مصدق فيما في يديه، إذ إنه لو ادعى أنه ملكه صدق.[١]

أدلة القول الثاني:

لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض.[٢]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأنه غير مسلّم به، بل رب المال مدع مطالب بالبينة، لأنه يدعي وقوع الشراء لغير المضاربة، والمضارب ينكر والقول قوله، لأن الأصل أن المضارب يشتري للمضاربة بموجب عقد المضاربة الموقع بينهما، فوجوب الثمن في ذمة رب المال إنما كان بإذنه ورضاه، فكان الأصل مع المضارب فجانبه أقوى ، في حين أن رب المال يدعي خلاف الأصل.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** الذي جعل القول في ذلك عند الاختلاف هو قول المضارب فيصدق قوله مع يمينه، وذلك لقوة ما استدل به الفريق الأول، والله تعالى أعلم.

ثانيا: نية الشراء للمضارب:

إذا اشترى المضارب شيئا بعد العقد ونوى بالشراء أنه لنفسه، فلذلك حالتان:

أ. إن كان الشراء في الذمة أو بمال المضارب نفسه، ونواه المضارب لنفسه فلا خلاف في أن الشراء واقع للمضارب لا للمضاربة، ويصدق المضارب مع يمينه ويكلف ربّ المال بالبينة إذا ما كذبه ربّ المال وادعى وقوع الشراء للمضاربة لا للمضارب وإنما يقع مثل هذا الاختلاف بين المضارب ورب المال عند ظهور ربح في العرض المشترى غالبا.[٣]

---

١ – الرافعي، العزيز، ٤٦/٦. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧.

٢ – النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الرافعي، العزيز، ٤٦/٦.

٣ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٥٢/٢٢. البناني، الفتح الرباني، ٣٩٦/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٥/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٣/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٨/٢. الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧. البجيرمي، حاشية البجرمي، ١٩٥/٣. لأنصاري، أسنى المطالب، ٣٥٠/٥..الحجاوي، الإقناع، ٢٦٨/٢. ابن قدامة، المغني، ١٨٤/٧–١٨٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢. ابن مفلح، المبدع، ٣٥/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣، ١٦٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٦/٥. الحلي، قواعد الأحكام، ١٦٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ١٦٦/٨. مغنية، فقه جعفر الصادق، ١٦٩/٤–١٧٠. أطفيش، شرح النيل، ٣٧٠/١٠.

وجه الاتفاق:

١. لأن الحكم هنا ينبني على قصد المضارب، فهو يملك الشراء للمضاربة أو لنفسه، إذ قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للمضاربة، ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية فوجب الرجوع إليه[١]، لأن الاختلاف هاهنا في نيته، وهو أعلم بما نواه وقصده، لا يطلع على ذلك أحد سواه، فكان القول قوله فيما نواه، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق.[٢]

٢. لأنه أمين في الشراء، وتأمينه يقتضي أن يكون القول قوله، كالوكيل.[٣]

٣. لأن ربّ المال يدعي ذلك والمضارب ينكره والقول قول المنكر مع يمينه.[٤]

٤. لأن المشترى في يده وهو مصدق فيما في يديه، إذ إنه لو ادعى أنه ملكه صدق.[٥]

ب. إن كان الشراء بمال المضاربة، ونواه المضارب لنفسه فقال: اشتريته لنفسي، فكذّبه ربّ المال فقال: "بل اشتريته للمضاربة" ـ وإنما يقع مثل هذا الاختلاف بين المضارب ورب المال عند ظهور ربح في العرض المشترى غالبا ـ فقد اختلف الفقهاء فيما هل يقع الشراء للمضاربة أم للمضارب وفيمن يصدق قوله مع يمينه منهما؟ على قولين، ويرجع سبب اختلافهم هنا إلى اختلافهم في تحديد من هو المدعي الذي يطالب بالبينة، ومن هو المدعى عليه الذي يكون القول قوله فيصدق مع يمينه إذا عجز الآخر عن اثبات دعواه:

القول الأول: إن الشراء يقع للمضارب، والقول في ذلك هو قول المضارب فيصدق قوله مع يمينه.

وإليه ذهب **الشافعية في الأوجه** والأصح[٦] **والحنابلة**[١] **والزيدية**[٢] **والجعفرية**[٣] **والأباضية.**[٤]

---

١ – انظر: الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. السرخسي، المبسوط، ٥٢/٢٢. .الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧.

٢ – ابن قدامة، المغني، ١٨٥/٧. وانظر: البهوتي، كشاف القناع، ٥٢٣/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. ابن مفلح، المبدع، ٣٥/٥. الكركي، جامع المقاصد، ١٦٦/٨. الرافعي، العزيز، ٤٦/٦. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٣/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٦/٥.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٨٥/٧. التنوخي، الممتع، ٤١٠/٣.

٤ – التنوخي، الممتع، ٤١٠/٣.

٥ – الرافعي، العزيز، ٤٦/٦. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧. العمراني، البيان، ٢٣٤/٧.

٦ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٣/٢، ٤١٤. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٨/٢. الرملي الكبير، حاشية الرملي، ٣٥١/٥. الأنصاري، أسنى

القول الثاني: إن الشراء يقع للمضاربة والقول في ذلك قول ربّ المال مع يمينه.

وإليه ذهب **الحنفية**(٥) **والمالكية**(٦) **والشافعية في وجه.**(٧)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لاحتمال أن المضارب قد يشتريه لنفسه بمال المضاربة على وجه التعدي والعدوان فيكون غاصبا للمال، فلا يحكم به للمضاربة لبطلان البيع فيه (٨) وإنما يحكم به بناء على نية المضارب وقوله.

اعتراض:

يمكن مناقشة ما سبق بأنه لا يعدو مجرد احتمال ظني ولا يترك الظاهر الشاهد لرب المال ويصار إلى احتمال ظني، كما أن احتمال كون الشراء بمال المضاربة صدر من المضارب على وجه التعدي لا ينفي وقوع الشراء للمضاربة، بل يكون ربّ المال بالخيار في إمضاء تعديه له أو عدم إمضائه كما أشير إليه في الدليل الثاني من **أدلة القول الثاني**، أضف إلى ذلك أنه كما

المطالب، ٣٥١/٥. النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. الرافعي، العزيز، ٤٧/٦.

١ – الحجاوي، الإقناع، ٢٦٨/٢. ابن قدامة، المغني، ١٨٤/٧–١٨٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٨/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٧/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٢/٢. ابن مفلح، المبدع، ٣٥/٥.

٢ – العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣، ١٦٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٢/٥، ١٣٦.

٣ – الحلي، قواعد الأحكام، ١٦٥/٨. الكركي، جامع المقاصد، ١٦٦/٨.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٧٠/١٠.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٥٢/٢٢.

٦ – الباجي، المنتقى، ١٠٧/٧، ١٠٨. ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله ، الاستذكار، تحقيق عبد المعطي قلعجي، ط١، دار قتيبة، دمشق، بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م ، ١٦٧/٢١. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧. القرافي، الذخيرة، ٧٩/٦.

٧ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٣/٢، ٤١٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧. النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٨/٢.الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٥١/٥. البجيرمي، حاشية البجرمي، ١٩٥/٣.الرافعي، العزيز، ٤٧/٦. العمراني، البيان، ٢٣٤/٧–٢٣٥.

٨ – انظر: الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣.العمراني، البيان، ٢٣٥/٧. النووي، روضة الطالبين، ١٤٦/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٤٢/٥. الرافعي، العزيز، ٤٧/٦. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧. العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣.

يحتمل وقوع الشراء بمالها على وجه التعدي فكذلك يحتمل أن الشراء بمالها وقــع للمــضاربة ابتداء وأصلا ثم طرأ إدعاء المضارب الشراء لنفسه بعد ذلك لما رأى فيه ربحا، فهذا احتمــال ظني وارد وذلك احتمال ظني وارد، فهما دليلان ظنيان متقابلان متعارضان متساويان، وكما هو معلوم في علم أصول الفقه إذا تقابل الدليلان المتعارضان المتساويان مع عــدم وجــود وجــه لترجيح أحدهما على الآخر أو للجمع بينهما، فعندئذ يتساقط الدليلان ويسقط الاحتجاج بهما، وإن كان ذلك كذلك فلا بد من الرجوع عندئذ إلى الظاهر الذي يشهد لرب المال والنظر إلى المقصد الأساسي من دفع المال إلى المضارب وتسليطه عليه وهي التصرّف بهــذا المــال للمــضاربة لتحقيق الاسترباح والتنمية لمال المضاربة، لا التصرّف بالمال لمجرد نفع نفسه، فهو إذن مأمور بالتصرّف للمضاربة لا لنفسه، والأصل أن يقع أي تصرّف صادر منه ومنها الشراء على هــذا الأساس

<u>**أدلة القول الثاني:**</u>

١. لأن الظاهر شاهد لرب المال، فالشراء بمال المضاربة دليل ظاهر على أنه قصد الــشراء للمضاربة[١]، إذ إن كل شراء وقع بمال المضاربة لا شك في وقوعه له، ولا أثــر لنيــة المضارب ولا ينظر إلى قصده.[٢]

٢. لأن من أخذ مالا على وجه التنمية فليس له أن يصرفه ذلك الوجه إلى ما ينفرد بمنفعتــه، لأن ذلك تصرّف في مال الغير بغير إذنه، ولا وجه نظر له، فإن فعل فهو متعد، ويكــون الدافع بالخيار بين أن يصرفه إلى ذلك الوجه الذي دفعه عليه، وبين أن يمضي له تعديــه ويضمنه المال.[٣]

<u>**الرأي المختار:**</u>

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** الذي جعل الشراء في هذه الحالة واقعــا للمضاربة والقول فيه عند الاختلاف هو قول ربّ المال فيصدق قوله مع يمينه، وذلك لما استدل به الفريق الأول، والله تعالى أعلم.

<u>المطلب الثالث: تصرّفات المضارب فيما يتعلق بحقوق العقد:</u>

من المعلوم أن العقود التي يبرمها المضارب لمصلحة المضاربة تلحقها أحكامها وتترتب عليهــا

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٥٢/٢٢. العمراني، البيان، ٢٣٥/٧.

٢ –انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٤١٤/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٥١/٥. الهيتمي، تحفة المحتــاج، ٤٢٨/٢.الشيرازي، المهذب، ٤٩١/٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٩/٧.

٣ – الباجي، المنتقى، ١٠٨/٧. وانظر: ابن عبد البر، الاستذكار، ١٦٧/٢١.

حقوقا من قبض وإقباض ومطالبة ومخاصمة له أو عليه ورد بالعيب له أو عليه، فإذا اشترى المضارب شيئا للمضاربة أو باع شيئا من مال المضاربة، فقد اختلف الفقهاء فيما هل ترجع حقوق العقد إلى المضارب وحده ويختص بها دون ربّ المال حقوق العقد؟ أم ترجع إلى كل من المضارب ورب المال معا؟ على قولين، ويرجع سبب الاختلاف بينهم في هذه المسألة إلى كون التصرف في المال هو من حق المضارب وحده فهو المتولى للعقد عليه المباشر له، وكون أصل المال ما زال ملكا لرب المال فهو أولى بحقوقه:

القول الأول: إن حقوق العقد ترجع إلى المضارب وحده وتختص به فقط، ولا يملك ربّ المال شيئا من حقوق العقد ولا يرجع شيء منها إليه، فالمضارب هو الذي يطالب بتسليم المبيع ويطالب بتسليم الثمن، ويقبض المبيع والثمن، ويرد بالعيب ويرد عليه، ويخاصِم ويخاصَم، أما ربّ المال فلا يطالب بتسليم المبيع ولا بتسليم الثمن، ولا يقبض المبيع والثمن، ولا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يخاصِم ويخاصَم.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) وهذا ما ذهب أيضا **المالكية** فيما عدا الرد بالعيب.(٢)(٣)

ورغم أن الرد بالعيب هو من حق المضارب وحده عند **الحنفية**، إلا أن رضا ربّ المال بالمعيب معتبر في إسقاط خيار العيب للمضارب عندهم، فإذا اشترى المضارب شيئا على ظن السلامة فظهر به عيب، فرضي ربّ المال به على عيبه، بطل خيار العيب فليس للمضارب رده عندئذ، لأن الملك لرب المال فإذا رضي به فقد أبطل حق نفسه.(٤)

كما أن **الحنفية** يفرقون بين حالتين في شأن تأثير علم ربّ المال بالعيب في إبطال حق المضارب في الرد بالعيب، وهما:

الحالة الاولى: إذا أمر ربّ المال المضارب بشراء شيء غير معين، فاشترى المضارب شيئا للمضاربة على ظن السلامة فظهر عيبه: فلا يؤثر عندئذ علم ربّ المال أو جهله بوجود عيب في شيء اشتراه المضارب للمضاربة، ولا يبطل بذلك حق المضارب في الرد، فالمعتبر هنا في

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٢/٢، ٣٥٠. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٨/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٤/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٥٤/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧١/٨، ٤٧٨. العيني، البناية، ٧٩/١٠، ٩٥.

٢ – الباجي، المنتقى، ١١٢/٧، ١٢٦، ١٢٧.

٣ – أما الرد بالعيب فلم أجد **للمالكية** كلام فيه فيما اطلعت عليه، إلا أن الظاهر أنه لا يختلف عن بقية حقوق العقد الأخرى عندهم، فيختص به المضارب دون رب المال، والله تعالى أعلم.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٦/٢٢.

ذلك هو علم المضارب لا علم ربّ المال، وعليه فلو اشترى المضارب معيبا قد علم ربّ المال بعيبه ولم يعلم به المضارب، فللمضارب أن يرده، لأن ربّ المال لا يعلم أن مضاربه يشتري ذلك الشيء المعيب لا محالة، فلا يكون علمه بالعيب دليل الرضا منه به، ولأن المضارب بمطلق العقد يستحق صفة السلامة فإنه ما كان يعلم بذلك العيب، وبفوات صفة السلامة يثبت له حق الرد، ولو كان علم المضارب بالعيب ولم يعلم به ربّ المال لم يكن للمضارب أن يرده، لأنه لما كان عالما به فهو ما استحق صفة السلامة بالإقدام على الشراء بعد علمه بالعيب.(١)

الحالة الثانية: أما إن كان ربّ المال قد أمر المضارب بشراء شيء بعينه ــ كدابة فلان مثلا ــ ثم يبيعه، فاشتراه المضارب ولم يره فظهر به عيب، فليس للمضارب خيار الرد بالعيب فيه عندئذ، لأن أمر ربّ المال إياه بالشراء لذلك الشيء بعينه بعد علمه بعيبه دليل الرضا منه بالعيب فكأن ربّ المال قال بعد الشراء: "قد رضيت به"، ورضا ربّ المال معتبر في إسقاط خيار العيب للمضارب بخلاف ما إذا أمره بشراء دابة غير معينة ؛ لأنه لا يعلم أنه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا.(٢)

وبناء على أن حقوق العقد ترجع إلى المضارب إذا كان واحدا فكذلك الأمر إذا تعدد المضارب كأن دفع رجل مالا إلى شخصين مضاربة، فإن حقوق العقد ترجع إلى العاقد منهما أيضا عند **الحنفية**، وعليه فما ينفرد به كل من المضاربين من عقد باشره وحده دون صاحبه رجعت إليه وحده حقوق ما باشره من ذلك، لكونه عاقدا ومباشرا له والحقوق ترجع إلى العاقد، وليس للمضارب الآخر عندئذ أن يتولى شيئا من حقوق العقد الذي باشره صاحبه كالقبض مثلا إلا بوكالة من المضارب العاقد لأنه ليس بعاقد ولا مباشر ولم تقع معه معاملة أصلا، أما إذا توليا العقد معا فحقوق العقد عندئذ ترجع إليهما معا كل في حدود النصف، لأن كل واحد منهما عاقد ومباشر لنصف العقد، فترجع إليه حقوق العقد في حدود النصف، وبيان ذلك: أن يبيع المضاربان شيئا من مال المضاربة معا، فإن لكل واحد منهما أن يقبض نصف الثمن من المشتري وإن لم يأذن له شريكه في ذلك، لأن كل واحد منهما بائع للنصف، وحق قبض الثمن إلى العاقد والعاقد في ذلك لغيره كالعاقد لنفسه، وليس له أن يقبض أكثر من نصف الثمن إلا بإذن صاحبه، فإن أذن له صاحبه في ذلك فهو جائز، كما لو وكل به غيره لأن حق قبض النصف الآخر للمضارب الآخر.(٣)

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٦/٢٢.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٦/٢٢.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٤٦/٢٢، ٥٠.

<u>القول الثاني:</u> إن حقوق العقد ترجع إلى كل من المضارب ورب المال، فلكل منهما القبض والإقباض للثمن والمبيع والمطالبة بهما وتوجه المطالبة إلى أيهما شاء، ولكل منهما رد المعيب بالعيب أو إمساكه بشرط تحقق المصلحة فيه، فلكل فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب أو إمساكه.

وإليه ذهب **الحنابلة**[١]، كما ذهب إليه كل من **الشافعية**[٢] **والزيدية**[٣] **والجعفرية**[٤] في خيار الرد بالعيب.[٥]

وعليه فإذا اشترى المضارب شيئا على ظن السلامة فبان عيبه، فيجب على كل من المضارب ورب المال مراعاة المصلحة في تصرّفه بالرد بالعيب أو الإمساك، حيث عليه أن يفعل ما تقتضيه المصلحة ؛ فإن كانت المصلحة تقتضي رد المعيب بالعيب أو انتفت مصلحة إمساكه أو استوى الرد والإمساك في تحقيق المصلحة أو انعدامها، فلكل منهما رده بالعيب عندئذ؛ فللمضارب رده، لأنه مأمور بتنمية المال وفي إمساك العيب تلف للمال ولأنه حل محل مالكه وللمالك فسخه، ولرب المال رده أيضا لما يلحقه من النقص في ماله، ولا يمنعه منه عندئذ رضا الآخر وقبوله بإمساكه، لأن لكل منهما حقا في المال بخلاف الوكيل، أما إن كانت المصلحة تقتضي إمساكه فلكل منهما إمساكه، وهل يجوز للمضارب أو لرب المال رده بالعيب عندئذ؟ **للشافعية** وجهان: أصحهما وأظهرهما: ليس له رده بالعيب، لإخلاله بمقصود العقد، ولأن لكل منهما حق في الفضل والربح الزائد فيه بخلاف الوكيل، والوجه الآخر: له الرد بالعيب

---

١ – انظر: ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧، ٩٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣، ٥٣٢، ٥٣٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥١١/٣، ٥١٨. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/ ٣٢٩، ٣٣١، ٣٣٤. ابن قدامة المغني، ١٥١/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٤٥/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٣/٢. ابن مفلح، المبدع، ٣٠/٥–٣١.

٢ – انظر: النووي، منهاج الطالبين، ص١٥٥. النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. الشربيني، الإقناع، ١٩٥/٣. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٥٥. الرافعي، العزيز، ٢١/٦، ٢٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الغزالي، الوسيط، ١١٦/٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢١/٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الهتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. العمراني، البيان، ٢٠٩/٧. الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣. البغوي، التهذيب، ٣٨٨/٤.

٣ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٢/٥.

٤ – انظر: الكركي، جامع المقاصد، ٩٥/٨–٩٦. الحلي، قواعد الأحكام، ٩٥/٨–٩٦. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. النجفي، جواهر الكلام، ٣٥٠/٢٦.

٥ – أما بقية حقوق العقد فلم أجد **للشافعية والزيدية والجعفرية** كلام فيه فيما اطلعت عليه، إلا أن الظاهر أنها لا يختلف حكمها عن رأيهم في الرد بالعيب هنا، فترجع إلى كل من المضارب ورب المال، والله تعالى أعلم.

كالوكيل.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. وجه رجوع حقوق العقد إلى المضارب: لأن المضارب هو المباشر للعقد، وأحكام العقد وحقوقه ترجع إلى المباشر والعاقد.[٢]

٢. وجه عدم رجوع حقوق العقد إلى ربّ المال: لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، ورب المال ليس بعاقد فلا يرجع إليه شيء منها.[٣]

أدلة القول الثاني:

١. وجه رجوع حقوق العقد إلى كل من المضارب ورب المال: لأن المضارب مباشر للعقد، فترجع إليه حقوق العقد بمباشرته، ولأن حكم المضارب في ذلك كحكم الشريك لاشتراكهما في التصرّف بالإذن، والشريك يملك حقوق العقد فكذا المضارب [٤]، ولأنه قد فوض إليه النظر والاجتهاد فملك ذلك [٥]، فإذا ثبت ذلك للمضارب فلئن يثبت لرب المال بطريق أولى لكونه مالكا للأصل[٦]، ولأن حقوق العقد متعلقة به كالموكل.[٧]

اعتراض:

يعترض على دعوى أن حقوق العقد ترجع إلى رب المال لكونه مالكا للأصل هي دعوى غير صحيحة، لأنه وإن كان ملك مال المضاربة ما زال باقيا لرب المال إلا أن سلطة التصرّف في ذلك المال هي للمضارب وحده، وليس منها شيء لرب المال ما دام عقد المضاربة قائما، لأن

---

١ – انظر: الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢١/٧. النووي، منهاج الطالبين، ص١٥٥. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٥٥. الشربيني، الإقناع، ١٩٥/٣. الرافعي، العزيز، ٢٢/٦. النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥.

٢ – انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٨/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٥٤/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٢/٢، ٣٥٠. العيني، البناية، ٩٥/١٠.

٣ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٤/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٢/٢.

٤ – انظر: البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢، ٣٣٤. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣، ٥٣٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥١١/٣، ٥١٨. بتصرّف

٥ – الشيرازي، المهذب، ٤٨٢/٣.

٦ – انظر: الهتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٢/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٥. الرافعي، العزيز، ٢٢/٦.

٧ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٣٢/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٨/٣.

من موجبات عقد المضاربة أن يختص المضارب بسلطة التصرّف في المال وتقليبه لتحصيل الربح وعلى هذا الأساس دخل، وبالتالي لم يعد لرب المال أي تصرّف في المال ما دامت المضاربة قائمة، ولا ينافي ذلك بقاء ملك المال لرب المال، فالملك لرب المال والتصرّف فيه للمضارب فلا تعارض.

٢. وجه اشتراط المصلحة في التصرّف بالرد بالعيب أو الإمساك: لأن مدار التصرّف على الاسترباح وقد يحصل الربح في المعيب وقد تُحقق المصلحة في رده.[١]

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** الذي يجعل حقوق العقد ترجع إلى المضارب وتختص به وحده، لكونه عاقدا ومباشرا للعقد، ولأن سلطة التصرّف في مال المضاربة هي من اختصاصه وحده ومنوطة به دون ربّ المال، فهي ممنوحة له بموجب عقد المضاربة لا ينازعه فيها أحد، ومن التصرّفات الممنوحة له بموجب عقد المضاربة تلك التصرّفات المتعلقة بحقوق العقد، وبالتالي فالمضارب هو الذي يقبض الثمن والمبيع، ويسلم الثمن والمبيع، ويطالب ويخاصم بهما وتتوجه إليه وحده المطالبة والمخاصمة بهما ويرد بالعيب ويُرَدُ عليه، وأما ربّ المال فليس له ولا عليه شيء من ذلك، لكونه غير عاقد ولا مباشر للعقد كما أنه ليس بوكيل ولا نائب عن المضارب في شيء من ذلك، بخلاف المضارب الذي هو وكيل ونائب عن ربّ المال في كل تلك التصرّفات وغيرها.

إلا أني لا أميل إلى ما ذهب إليه **الحنفية** من أن المضارب إذا تعدد فإن حقوق العقد ترجع إلى العاقد منهما أيضا إذا انفرد بمباشرة العقد، وأما إذا باشراه معا فترجع إلى كل منهما في حدود النصف كما سبق ذكره، ولكني أميل إلى ترجيح أن حقوق العقد ترجع إلى المضارب مهما تعدد اثنين أو ثلاثة وهكذا، فإذا كانا مضاربين مثلا فإن حقوق العقد ترجع إليهما معا، فلكل منهما القبض والإقباض والمطالبة والمخاصمة والرد بالعيب له وعليه بمطلق العقد دون إذن صاحبه سواء كان عاقدا أو غير عاقد، وهما في ذلك أشبه ما يكونان بالشريكين في شركة الأموال، لكون كل من المضاربين والشريكين شريكان في حق التصرّف في المال،

وجه ذلك: أنه بموجب عقد المضاربة قد منح كل من المضاربين سلطة وحق التصرّف في مال المضاربة بما يحقق مقصودها من الاسترباح والتنمية، فهما شريكان في التصرّف، وعليه فإن سلطة التصرّف الممنوحة لكل منهما هي سلطة عامة وشاملة لجميع التصرّفات سواء التصرّفات الأصيلة أو التبعية، واستثناء بعض التصرّفات من عموم سلطة تصرّف الشريك الشاملة لكونه

١ – الكركي، جامع المقاصد، ٩٥/٨.

غير عاقد هو استثناء بلا دليل، كما أن تخصيص بعض التصرّفات بمضارب دون المضارب الآخر لكونه عاقدا تخصيص بلا مخصص، وقد سبق بيان ذلك وتفصيله في باب الشركة فما ذكر هناك ينسحب هنا أيضا فليراجع هناك[١]، والله تعالى أعلم.

المطلب الرابع: تصرّف المضارب بالإقالة:

إذا باع المضارب سلعة من مال المضاربة أو اشترى سلعة لها، وأراد الاتفاق مع البائع أو المشتري على الإقالة وفسخ ذلك العقد، فقد اختلف الفقهاء في جواز إقالة المضارب للعقد، وهل يملك هذا التصرّف بمطلق عقد المضاربة؟ أم لا بد لجواز ذلك من إذن ربّ المال؟ على قولين، ويعود سبب الخلاف إلى الاختلاف في اعتبار الإقالة تصرف تجاري يحقق مصلحة للمضاربة أو اعتباره فسخا لا يدخل في التجارة:

القول الأول: تجوز إقالة المضارب بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن ربّ المال، سواء في ذلك أكان هو من طلب الإقالة أو غيره، فيقيل ويستقيل.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والحنابلة في الأصح.**[٣]

القول الثاني: لا يجوز للمضارب الإقالة إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز.

وإليه ذهب **الحنابلة في رواية.**[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن ذلك من صنيع التجار[٥]، والمضاربة تنعقد على عادة التجار.
٢. لأن الإقالة إن كانت بيعا فهو يملك البيع، وإن كانت فسخا فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه، فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان فيه حظ، فإنه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه.[٦]

---

١ – انظر تتمة هذا التوجيه وتفصيله في باب الشركة صفحة (٧٦–٧٧) من هذه الدراسة.

٢ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٨/٥.

٣ – ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤١٣/٥.

٤ – ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤١٣/٥.

٥ – البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨.

٦ – انظر: المرداوي، الإنصاف، ٤١٣/٥.

٣. لأن الإقالة في معنى الشراء فيملكها المضارب بمجرد العقد.[(١)]

أدلة القول الثاني:

لأن الإقالة فسخ، والفسخ ليس من التجارة، فلا يملكها.[(٢)]

اعتراض:

يعترض على ما سبق بأن اعتبار الإقالة فسخا أمر خلافي غير متفق عليه فلا يصح الإحتجاج به على المخالف، وعلى فرض التسليم باعتبار الإقالة فسخا، فذلك لا يعني أنها لا تدخل في الأعمال التجارية التي يمارسها التجار.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول ولأنه قد تكون مصلحة المضاربة في الإقالة إذ لعله يرى أنه قد وقع في غبن في الشراء أو البيع ويريد الانفكاك منه، والمضارب متصرّف ومأمور بفعل الأصلح للمضاربة، وقياسا على الشريك، فكما أن الشريك يملك الإقالة فكذلك يملكها المضارب، لاشتراكهما بالتصرّف بالإذن.

المطلب الخامس: تصرّف المضارب بيعا وشراء مع أشخاص معينين:

إن الأصل في المضاربة المطلقة أنه يجوز للمضارب أن يتعامل ويتجر بمال المضاربة مع سائر الناس عموما[(٣)]، إلا أنه قد وقع الاختلاف بين الفقهاء في جواز تعامل المضارب مع بعض أشخاص؛ كأن يتعامل المضارب بيعا وشراء مع من ترد شهادته له كالأصول والفروع والزوج، أو يتعامل بيعا وشراء مع ربّ المال، أو يشتري المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه، أو يتعامل بيعا وشراء مع مضارب آخر لرب المال، ويمكن بحث ذلك في المحاور التالية:

الفرع الأول: التصرّف بيعا وشراء مع من ترد شهادته له:

إذا تعامل المضارب بيعا أو شراء مع من لا تقبل شهادته له كوالديه وولده وزوجه (أصوله وفروعه)، كأن باع شيئا من مال المضاربة لهم أو اشترى منهم للمضاربة، فهل يجوز هذا التصرّف من المضارب؟ لا يخلو تصرّفه ذاك من الحالات التالية:

الحالة الاولى: إذا كان البيع والشراء معهم بمثل القيمة من غير محاباة، أو كان بأكثر من القيمة في البيع أو بأقل من القيمة في الشراء: فلا خلاف في جواز تعامل المضارب مع من ترد

---

١ – الطبعة التمهيدية لنماذج من موضوعات الموسوعة الفقهية، الموضوع(١٠) شركة المضاربة، ص٤٦.

٢ – انظر: المرداوي، الإنصاف، ٤١٣/٥.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥.

شهادته له بيعا وشراء عندئذ، وينفذ ذلك على المضاربة.[١]

وجه الاتفاق:

لأن تعامل المضارب مع من ترد شهادته له بمثل القيمة لا يتمكن فيه معنى التهمة، ولا تلحقه شبهة المحاباة، لأن المضارب شريك في الربح ومستبد بالتصرّف، فيكون متصرّفا لنفسه من وجه، حتى إن ربّ المال لا يملك نهيه عن التصرّف بعدما صار المال عروضا، وذلك يمنعه من ترك الاستقصاء والنظر وإن كان يعامل أباه أو ابنه لأنه يؤثر نفسه عليهما، وهو في ذلك بمنزلة من يبيع مال نفسه، فتنتفي عنه عندئذ التهمة وشبهة المحاباة، ولهذا جازت معاملته معهم بمثل القيمة، بخلاف الوكيل إذ هو نائب محض للموكل في تصرّف خاص، ولا حق له فيما يشتريه، فالظاهر إنه يترك الاستقصاء في المعاملة مع هؤلاء فلهذا لا ينفذ تصرّفه معهم على الموكل.[٢]

الحالة الثانية: إذا كان التعامل معهم بيعا وشراء بغبن فاحش فلا خلاف في أنه لا يجوز له ذلك بالاتفاق.[٣]

وجه الاتفاق:

ولعل **وجه ذلك:** أن التهمة متمكنة في تصرّفه ذاك وشبهة المحاباة ظاهرة وبينة، ولهذا لم تجز معاملته معهم بالغبن الفاحش.

الحالة الثالثة: إذا كان البيع والشراء بمحاباة وبغبن يسير مما يتغابن به الناس عادة: فقد اختلف الفقهاء في جواز ونفاذ تعامل المضارب مع من ترد شهادته له بيعا وشراء عندئذ على قولين، ويعود سبب الاختلاف بينهم هنا إلى احتمال وجود شبهة المحاباة في هذل التصرف:

القول الأول: لا يجوز للمضارب أن يتعامل مع من ترد شهادته له إذا باع لهم أو اشترى منهم بغبن يسير أو حابى فيه قليلا، ويكون مشتريا لنفسه حينئذ.

وإليه ذهب أبو حنفية[٤] **والمالكية.**[٥]

---

١ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٦/٥. السرخسي، المبسوط، ٥٧/٢٢. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٧٦/٥.القرافي، الذخيرة، ٧٨/٦. طموم، المضاربة، ص١١٤.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٥٧/٢٢–٥٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٦/٥. بتصرّف

٣ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٦/٥.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٥٧/٢٢، ٨٢، ١٤٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٦/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٢٢٨/٨، ٣٧٧.

٥ – القرافي، الذخيرة، ٧٨/٦.

<u>القول الثاني:</u> يجوز للمضارب التعامل مع من ترد شهادته له إذا باع لهم أو اشترى منهم بغبن يسير أو محاباة قليلة مما يتغابن الناس فيه عادة، ويكون نافذا على المضاربة.

وإليه ذهب **أبو يوسف** ومحمد من **الحنفية.**[١]

<u>عرض الأدلة:</u>

<u>أدلة القول الأول:</u>

١. لتمكن التهمة في تصرّفه، وشبهة المحاباة ظاهرة في تعامله بالغبن اليسير، بخلاف تعامله بذلك مع الأجنبي لعدم سبب موجب التهمة بينهما فيحمل شراؤه بغبن يسير على أنه خفي عليه ذلك، أما في حق الآباء والأولاد فسبب التهمة بينهما ظاهر، فيحمل ذلك على الميل إليه وإيثاره على ربّ المال كما في الشهادة، فيكون متهما في ذلك فيمنع منه.[٢]

٢. لأن المضارب في تعامله معهم بالغبن اليسير أشبه الوكيل، إذ إن المضارب قد يستبد بالتصرّف على وجه لا يملك ربّ المال نهيه وهو بعد ما صار المال عروضا، وقد يكون نائبا محضا في بعض الأحوال كالوكيل، فلشبهه بالمستبد بالتصرّف يجوز تصرّفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب لا يجوز تصرّفه معهم بغبن يسير.[٣]

٣. وربما يستدل لذلك أيضا بما أستدل به أبوحنيفة لمنع الوكيل من ذلك التصرّف في باب الوكالة من أن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز، ولهذا لا تقبل شهادته لهم[٤]، وكذلك المضارب باعتباره وكيلا عن ربّ المال.

<u>أدلة القول الثاني:</u>

لعل **وجه ذلك:** أنه ليس في تصرّف المضارب معهم بغبن يسير تهمة ولا شبهة محاباة، لأن ذلك القدر مما يتغابن فيه الناس عادة، فإنه إذا وقع مثل هذا الغبن في التعامل مع الأجنبي جاز وكان عفوا لا تأثير له، فكذلك الأمر إذا وقع في التعامل مع من ترد شهادته له.

<u>اعتراض:</u>

يعترض على ما سبق بأن التعامل مع الأجنبي بالغبن اليسير لا يخلو من وجود شبهة المحاباة، ولكن لما كان الغبن يسيرا غلب جانب عدم المحاباة هنا ولعدم وجود داع ال المحاباة لكونه

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٥٧/٢٢، ٨٢، ١٤٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٦/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٥٧/٢٢، ١٤٥. بتصرّف

٣ – السرخسي، المبسوط، ٥٨/٢٢.

٤ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٥/٥

أجنبيا، بخلاف التعامل مع من ترد شهادته له بالغبن اليسير حيث يقوى جانب شبهة المحاباة لوجود الداعي إليه وهو القرابة بينهما، ولا عبرة هنا لكثير الغبن أو قليله لتمكن شبهة المحاباة في هذا التصرف معهم.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: التصرّف بيعا وشراء مع ربّ المال:

قد يتعامل المضارب في اتجاره وتصرّفه بمال المضاربة مع ربّ المال، فيبيع له سلعا من مال المضاربة أو يشتري منه سلعا للمضاربة، فما حكم ذلك التصرّف منه؟ يمكن بحث ذلك في المحورين التاليين:

أولا: شراء ربّ المال من المضارب شيئا من مال المضاربة:

إذا اشترى ربّ المال من المضارب سلعة من مال المضاربة لنفسه، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز شراء ربّ المال من المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه، سواء ظهر ربح في المال أو لم يظهر، وسواء اشترى منه بنقد أو بمؤجل.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والمالكية**(٢) **والحنابلة في رواية**(٣) **والزيدية في المختار**(٤) **والأباضية في المذهب.**(٥)

إلا أن **المالكية** اشترطوا لجواز ذلك أن يصح قصده فيه بأن لا يتوصل به إلى أخذ شيء من الربح قبل المفاصلة بأن يشتري منه كما يشتري من الناس بغير محاباة أو بأن لا يكون على

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٩/٨. السرخسي، المبسوط، ١٧٢/١١، ٢١٢. ١٢٧/٢٢، ١٤٦. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٧/٦.

٢ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٤/٧. الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٤/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩٩/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٤/٢. الباجي، المنتقى، ٧٣/٧. ابن عبد البر، الاستذكار، ١٢٨/٢١.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. المرداوي، الإنصاف، ٤٣٩/٥. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥.

٤ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٥ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٠/١٠، ٣٦٦–٣٦٧. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٠/٦.

وجه الهدية لإبقاء المال بيده، وأن لا يشترط ذلك عند العقد وإلا منع.[(١)]

والضابط عند **الحنفية** في هذا الشأن هو أنه متى كان التصرّف أو العقد مفيدا كان صحيحا كأن يخرج به من المضاربة ما كان فيها، ويدخل به في المضاربة ما لم يكن فيها، لأن مبنى التصرّفات الشرعية على الفائدة.[(٢)]

<u>**القول الثاني:**</u> لا يجوز شراء ربّ المال من المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه، سواء ظهر ربح أو لا.

وإليه ذهب **زفر** من **الحنفية**[(٣)] **والشافعية**[(٤)] **والحنابلة** في الراجح والمذهب عندهم[(٥)] **والجعفرية**[(٦)] **والأباضية في قول.**[(٧)]

وعليه فكما لا يجوز له أن يبيع المضارب لرب المال فكذلك لا يجوز أن يبيع لوكيل ربّ المال أيضا للسبب نفسه.[(٨)]

<u>**القول الثالث:**</u> يجوز شراء ربّ المال من مال المضاربة إن كان في المال ربح، فإن لم يكن ربح فلا يجوز حينئذ.

وإليه ذهب **الزيدية في قول.**[(٩)]

<u>**عرض الأدلة:**</u>

---

١ – انظر: الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٤/٥. الباجي، المنتقى، ٧٣/٧. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٤/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢٩٤/٥. العدوي، حاشية العدوي، ١٦٤/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩٩/٦.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٢١٢/١١. ١٢٧/٢٢، ١٤٦، ١٥٣. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٧/٦.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. السرخسي، المبسوط، ١٢٧/٢٢.

٤ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. النووي، روضة الطالبين، ١٢٨/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٤/٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٠/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥–٣٣٧.

٥ – ابن مفلح، المبدع، ٢٦/٥. المرداوي، الإنصاف، ٤٣٨/٥–٤٣٩. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣. ابن مفلح، الفروع، ١٠٣/٧.

٦ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٣١/٢. الحلي، قواعد الأحكام، ١٤٦/٨. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٦/٨.

٧ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠. الكندي، المصنف، ١٠٩/٢٥.

٨ – انظر: الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥.

٩ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣.

أدلة القول الأول:

١. لأن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرّف، وملكه في حق التصرّف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرّف لا الرقبة، فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي، حتى لا يملك ربّ المال منعه عن التصرّف، فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما.[١]

٢. لأن هذا تصرّف مفيد لأنه يخرج به من المضاربة ما كان فيها، ويدخل به في المضاربة ما لم يكن فيها وهو الثمن، ومبنى التصرّفات الشرعية على الفائدة، فمتى كان مفيدا كان صحيحا.[٢]

٣. لأنه اشترى السلعة منه بما يتبايع به الناس فقد سلما من التهمة ووجوه الفساد فجاز ذلك بينهما.[٣]

أدلة القول الثاني:

١. لأن هذا شراء ماله بماله، إذ المالان جميعا لرب المال، وشراء الإنسان ماله بماله لا يجوز.[٤]

٢. قياسا على عدم جواز شراء الموكل من وكيله فكذلك شراء ربّ المال من المضارب.[٥]

أدلة القول الثالث:

لم أقف فيما اطلعت عليه على أدلة للقول الثالث.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، ولكن بغير محاباة بينهما، وذلك لما استدل به

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. وانظر: محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٥١/٢. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. التنوخي، الممتع، ٤٠٣/٣. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٢٧/٢٢.

٣ – الباجي، المنتقى، ٧٣/٧.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. الهيتمي، تحفة المحتاج،٤٢٤/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٦/٥-٣٣٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. العمراني، البيان، ٢٠٧/٧. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. التنوخي، الممتع، ٤٠٣/٣. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٨٤/٢. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٦/٨. الكندي، المصنف، ١٠٩/٢٥.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. العمراني، البيان، ٢٠٧/٧. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥.

أصحاب هذا القول، لا محذور من وراء ذلك يخشى منه، والله تعالى أعلم.

ثانيا: شراء المضارب من ربّ المال شيئا للمضاربة:

إذا اشترى المضارب من ربّ المال شيئا للمضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز أن يشتري المضارب من ربّ المال سلعة للمضاربة.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والمالكية في رواية**(٢) **والزيدية** (٣) **والأباضية في المذهب**.(٤)

القول الثاني: لا يجوز أن يشتري المضارب من ربّ المال سلعة للمضاربة.

وإليه ذهب **زفر** من **الحنفية**(٥) **والمالكية في المشهور**(٦) **والشافعية**(٧) **والجعفرية**(٨) **والأباضية في قول**.(٩)

وعليه فكما لا يجوز أن يشتري المضارب من ربّ المال فكذلك لا يجوز أن يشتري من وكيل ربّ المال أيضا لنفس السبب.(١٠)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٩/٨. السرخسي، المبسوط، ١٤٦/٢٢، ١٥٣. العيني، البناية، ٩٧/١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٥٦/٥.

٢ – الباجي، المنتقى، ٧٣/٧-٧٤. القرافي، الذخيرة، ٣٢/٦. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧.

٣ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. العيني، البناية، ٩٧/١٠.

٦ – الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٨/٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٧٠/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٣/٦. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٥/٢. الباجي، المنتقى، ٧٣/٧-٧٤. القرافي، الذخيرة، ٣٢/٦. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٤١/٢. ابن عبد البر، الاستذكار، ١٢٩/٢١.

٧ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. المغربي، حاشية المغربي، ٢٣٣/٥. البغوي، التهذيب، ٣٩٢/٤. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. النووي، منهاج الطالبين، ص١٥٥. الأنصاري، منهج الطلاب، ص١٥٥. الغزالي، الوسيط، ١١٦/٤.

٨ – الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢٢٢/٤.

٩ – الكندي، المصنف، ١٠٩/٢٥، ١١٣. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠.

١٠ – انظر: الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥.

١. لأن ملك ربّ المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرّف وملكه في حق التصرّف كملك الأجنبي وللمضارب فيه ملك التصرّف لا الرقبة فكان في حق ملك الرقبة كملك الأجنبي حتى لا يملك ربّ المال منعه من التصرّف فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الأجنبي لذلك جاز الشراء بينهما.[١]

٢. لأن شراء المضارب من ربّ المال للمضاربة وإن كان مبادلة ملك ربّ المال بملكه إلا أنه يكون صحيحا لكونه مفيدا من حيث أنه يدخل فيه في المضاربة ما لم يكن فيها ويخرج من المضاربة ما كان فيها[٢]، ففيه فائدة للمضارب بحصول الربح له، وفيه فائدة للمالك أيضا لأنه ربما يعجز عن بيعه بنفسه.[٣]

أدلة القول الثاني:

١. لأن هذا بيع ماله بماله، إذ المالان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالوكيل مع الموكل.[٤]

٢. لأن ذلك يؤدي إلى المضاربة بالعروض، لأن رأس المال رجع إلى ربه، فكان كأنه دفع المال عروضا، والمضاربة بالعروض لا تجوز فمنع من ذلك حتى لا يكون ذلك حيلة للمضاربة بالعرض.[٥]

٣. لخوف محاباة العامل ربّ المال بأن يشتري منه السلعة بأكثر من ثمنها فيؤدي ذلك إلى أن يجبر العامل النقص الحاصل بسبب المحاباة بالربح، فيكون لرب المال أكثر مما دخلا عليه، فيتوصل ربّ المال بذلك إلى أخذ منفعة من مال القراض قبل القسمة سوى الربح الذي اشترط عليه.[٦]

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. وانظر: محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٥١/٢. العيني، البناية، ٩٧/١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٥٦/٥.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٤٦/٢٢، ١٥٣.

٣ – محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٥١/٢.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤١/٥. وانظر: الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢. الهيتمي، تحفة المحتاج،٤٢٤/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢٢٢/٤. الكندي، المصنف، ١٠٩/٢٥.

٥ – انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ١٧٠/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٣/٦. الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٨/٥. الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢٩٨/٥. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧. القرافي، الذخيرة، ٣٢/٦.

٦ – انظر: البناني، الفتح الرباني، ٤٠٣/٦. الباجي، المنتقى، ٧٤/٧. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٥/٢.

<u>**الرأي المختار:**</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** ، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول من كون كل من ربّ المال والمضارب بمنزلة أجنبي عن الآخر من وجه، فأحدهما مالك للرقبة والآخر مالك للتصرّف، كما أنه تصرّف مفيد يدخل في المضاربة ما ليس فيه ويخرج منها ما هو فيها، ولا محذور من وراء ذلك يخشى منه، أما دعوى أن ذلك يؤدي إلى المضاربة بالعروض الممنوعة، فهي دعوى غير مستقيمة، لأن المقصود بمنع المضاربة بالعروض هو ما كان ذلك ابتداء عند إبرام عقد المضاربة بأن تعقد المضاربة ابتداء على العروض، فهذا هو الممنوع، أما المضاربة بالعروض لاحقا بعد أن انعقد على النقد ابتداء، بأن تحول مال المضاربة من نقد إلى عروض ومن عروض إلى نقد بالبيع والشراء فلا ضير في ذلك ما دام المال كان نقدا عند إبرام العقد، بل إن تقليب مال المضاربة بين النقد والعرض مطلوب كطريق لتحصيل الأرباح، والله تعالى أعلم.

<u>**الفرع الثالث: شراء المضارب مال المضاربة لنفسه:**</u>

قد يشتري المضارب سلعة من مال المضاربة لنفسه، وبالتالي فإما أن يكون قد اشترى ذلك لنفسه من ربّ المال، أي أن ربّ المال هو من تولى البيع للمضارب، وإما أن يكون المضارب قد اشترى ذلك لنفسه من نفسه، أي أن المضارب هو من تولى البيع لنفسه، وإما أن يكون اشترى ذلك من مضارب آخر لرب المال، أي أن مضاربا آخر لرب المال هو من تولى البيع له سواء كان مشتركا معه في المضاربة بمال واحد أو منفردا بالمضاربة بمال آخر لرب المال، فما حكم ذلك التصرّف؟

<u>**أولا: شراء المضارب مال المضاربة لنفسه من ربّ المال:**</u>

اختلف الفقهاء في جواز شراء المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه من ربّ المال على أربعة أقوال:

<u>**القول الأول:**</u> يجوز شراء المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه من ربّ المال مطلقا سواء ظهر ربح في المال أو لم يظهر، وسواء باعه ذلك بثمن حالّ أو مؤجل.

وهو قول الليث ويحيى بن سعيد(1)، وإليه ذهب **الحنفية**(2) **والشافعية**(3) **والحنابلة في**

---

١ – الباجي، المنتقى، ٧٤/٧. القرافي، الذخيرة، ٣٢/٦.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٢٧/٢٢.

٣ – الهيتمي، تحفة المحتاج،٤٢٤/٢. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٩٥/٣.

قول(١) **والأباضية.**(٢)

<u>**القول الثاني:**</u> لا يجوز شراء المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه من ربّ المال مطلقا سواء ظهر ربح في المال أو لم يظهر، وسواء باعه ذلك بثمن حالّ أو مؤجل.

وهو قول أبي ثور(٣) وإليه ذهب **الحنابلة في قول.**(٤)

<u>**القول الثالث:**</u> يجوز شراء المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه من ربّ المال إذا لم يظهر في المال ربح، أما إذا ظهر فيه ربح فلا يجوز .

وإليه ذهب **الحنابلة في الصحيح** من المذهب(٥) **والزيدية**(٦) **والجعفرية.**(٧)

ومحل المنع عند ظهور الربح في المال هو فيما لو كان البيع لجميع المال أو السلعة بما في ذلك حصة المضارب من الربح فيها، وعليه فإن خالف فاشترى جميع المال أو السلعة بما فيها من ربح بطل البيع في حصة المضارب من الربح لامتناع شراء ملك نفسه، وصح في غير حصته من الربح ورأس المال لأنه ملك غيره فصارا بمنزلة الشريكين إذا اشترى أحدهما شيئا من مال الشركة.(٨)

أما لو كان البيع لسلع المضاربة مع حصة ربّ المال من الربح دون حصة المضارب منه صح ذلك وجاز، لأنه يشتري ملك غيره، كالشريكين إذا اشترى أحدهما حصة شريكه منه.(٩)

كما أنه في حال جواز وصحة البيع مع انتفاء الربح لا يجوز للمضارب أن يقبض الثمن من نفسه، لأن القبض إلى الوكيل والوكيل هنا هو البائع المالك، وإذا قبض الثمن انفسخت المضاربة

---

١ – المرداوي، الإنصاف، ٤٣٩/٥. ابن مفلح، المبدع، ٣٢/٥.

٢ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤١/١٠. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٠/٦.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٤٣٩/٥–٤٤٠. ابن مفلح، المبدع، ٣٢/٥.

٥ – المرداوي، الإنصاف، ٤٣٩/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٤/٣–٥١٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣١/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥، ٣٢. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٧/٣.

٦ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥.

٧ – الكركي، جامع المقاصد، ١٤٧/٨. الحلي، قواعد الأحكام، ١٤٧/٨.

٨ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥. الحلي، قواعد الأحكام، ١٤٧/٨. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٧/٨. العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣.

٩ – انظر: العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣. ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥.

بالقبض، إلا إذا وكل المالك العامل بالقبض، فكان القبض إلى العامل بالوكالة من المالك ولا تنفسخ المضاربة بينهما.[١]

<u>القول الرابع:</u>: يجوز شراء المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه من ربّ المال إذا كان بثمن حالّ نقدا، فإذا كان بثمن مؤجل فلا يجوز مع استدامة المضاربة وقيامها.

وإليه ذهب **المالكية**.[٢]

<u>عرض الأدلة:</u>

<u>أدلة القول الأول:</u>

١. لأن ربّ المال لو باع السلعة من غيره برضاه جاز، فكذلك إذا باعها منه، وأكثر ما فيه إن للمضارب فيها شركة وشراء أحد الشريكين من صاحبه جائز في نصيبه.[٣]

٢. لأنه لا محذور فيه لتضمنه فسخ القراض، ولهذا لو اشتراه منه بشرط بقاء القراض بطل.[٤]

<u>أدلة القول الثاني:</u>

لأن المضارب شريك فلا يجوز شراؤه من مال المضاربة شيئا.[٥]

<u>اعتراض:</u>

اعترض على ما استدل به الفريق الثاني بأنه إنما يكون المضارب شريكا في حالة ما إذا ظهر ربح، لأنه يشارك ربّ المال في الربح لا في أصل المال.[٦]

<u>أدلة القول الثالث:</u>

١. <u>وجه جواز شراء المضارب سلعة من مال المضاربة من ربّ المال عند عدم ظهور الربح:</u>

---

١ – العنسي، التاج المذهب، ٣/١٦٠.

٢ – الباجي، المنتقى، ٧/٧٤. القرافي، الذخيرة، ٦/٣٢.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢٢/١٢٧.

٤ – الهيتمي، تحفة المحتاج،٢/٤٢٤. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ٣/١٩٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٥/٢٣٣.

٥ – ابن قدامة، المغني، ٧/١٦٧.

٦ – ابن قدامة، المغني، ٧/١٦٧.

لأن المال ملك لغيره وهو ربّ المال، فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله.[١]

٢. وجه عدم جواز شراء المضارب سلعة من مال المضاربة من ربّ المال عند ظهور الربح:

لأنه بظهور الربح في المال يصير المضارب شريكا لرب المال فيه، فيكون بعض المبيع ملك للمضارب وهو حصته من الربح وبعضه الآخر ملك لغيره، فإذا اشتراه فقد اشترى ملكه وملك غيره، وشراء الإنسان ملك نفسه ممنوع.[٢]

اعتراض:

إن ظهور الربح وعدمه هنا سواء، لأن الربح هنا ما زال مزعزعا ومعرضا للزوال لأنه تجبر به خسارة تظهر في المضاربة، إلا إذا اقتسما ذلك وأخذ كل منهما نصيبه.[٣]

رد الاعتراض:

يرد على ال**اعتراض** السابق بأنه غير مسلّم به، وذلك لأن كون الربح مزعزعا وغير مستقر لا ينفي صفة ملك المضارب لحصته من الربح، فإنه إن كان رأس مال المضاربة ألفا مثلا فاشترى المضارب بها سلعة ثم ارتفع سعرها فأصبحت بألفين ؛ ألفٍ هي رأس المال، وألفٍ أخرى هي الربح، فهذه الألف الثانية إما أن تكون لرب المال وحده أو تكون للمضارب وحده، أو تكون لغيرهما وهذه الثلاثة منتفية قطعا لمنافاتها مقتضى عقد المضاربة من الاشتراك في الربح، وإما أن تكون الألف الثانية لرب المال والمضارب معا بحسب الشرط بينهما وهذا ما يوافق مقتضى عقد المضاربة، وبالتالي يكون المضارب مالكا لحصته من الربح بالظهور إلا أن ملكه فيه غير مستقر، وغاية عدم استقرار حصته من الربح هو أنه لا يستحقها حتى تستقر بالقسمة لا أنه لا يملكها، وعليه فلا يجوز أن يشتري شيئا من مال المضاربة إذا ظهر فيه ربح إن كان الشراء للأصل والربح جميعا

أدلة القول الرابع:

---

١ – انظر: ابن قدامة، المغني، ١٦٧/٧. ابن مفلح، المبدع، ٢٧/٥. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٧/٨. العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٥/٣.

٢ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣١/٢. العنسي، التاج المذهب، ١٥٩/٣–١٦٠. الكركي، جامع المقاصد، ١٤٧/٨. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٥/٣. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٧/٣.

٣ – الدبو، إبراهيم فاضل، عقد المضاربة دراسة في الاقتصاد الإسلامي، ط١، دار عمار، عمان، ١٤١٨هـ–١٩٩٨، ص٢٠٦.

لأن ذلك يؤدي إلى الوقوع في الربا، إذ إن القراض مبني على التساوي ومباعدة الازدياد من العامل، فإذا باع منه سلعا بثمن إلى أجل، فالظاهر أنه إنما اشتراها بزيادة على القسمة، فيزداد منه لقراض تلك الزيادة وتكون أيضا مضمونة عليه، وذلك خلاف ما بني عليه القراض.[١]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثالث**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول، والله تعالى أعلم.

ثانيا: شراء المضارب مال المضاربة لنفسه من نفسه:

اختلف الفقهاء في جواز شراء المضارب شيئا من مال المضاربة لنفسه من نفسه على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمضارب أن يشتري من نفسه ولا أن يبيع لنفسه شيئا من مال المضاربة مطلقا سواء أذن له ربّ المال بذلك أو لم يأذن.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والشافعية**[٣] **والأباضية**[٤]، وهو ما يفهم من كلام **الزيدية**.[٥]

القول الثاني: يجوز للمضارب أن يشتري من نفسه ويبيع لنفسه شيئا من مال المضاربة إن أذن له ربّ المال بذلك ولم يكن في المال ربح، أما إذا وجد فيه ربح فلا يجوز ولو مع الإذن له بذلك.

وإليه ذهب **الحنابلة**[٦] **والجعفرية**.[٧]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن المضارب يشتري من نفسه لنفسه، ولا يملك أحد ذلك غير الأب في حق ولده الصغير وهذا المعنى يضاد الأحكام[١]، فهو يجعل الشخص الواحد مشتريا وبائعا ومستزيدا ومستنقصا أيضا ومخاصما في العيب ومخاصما ودائنا ومدينا، كما أن فيه شبهة المحاباة

١ – الباجي، المنتقى، ٧/٧٤. وانظر: القرافي، الذخيرة، ٦/٣٢.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٢٢/١٢٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٣٢.

٣ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٣٢٠.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ١٠/٣٤١، ٣٤٢.

٥ – انظر: العنسي، التاج المذهب، ٣/١٥٩–١٦٠.

٦ – البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٣١. البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥١٤–٥١٥. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٣/٢٧. ابن مفلح، المبدع، ٥/٣٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣/٥٢٧.

٧ – الكركي، جامع المقاصد، ٨/١٤٧.

ظاهرة.

٢. لأن المضارب بمنزلة الوكيل في ذلك[٢]، والوكيل لا يجوز أن يبيع من نفسه لأنه لو جاز لأدى إلى التضاد في الأحكام، فإنه يكون مشتريا وبائعا ومستزيدا ومستنقصا أيضا ومخاصما في العيب ومخاصما وفيه من التضاد ما لا يخفى[٣]، فكذلك المضارب.

٣. لأن البيع إنما هو بين اثنين وليس كذلك هنا.[٤]

أدلة القول الثاني:

لم أقف فيما اطلعت عليه على أدلة استدل بها الفريق الثاني لما ذهبوا إليه.

الرأي المختار:

وبناء على ما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، لأن ذلك يؤدي إلى التضاد في الأحكام كما سبق ذكره، بالإضافة إلى قوة التهمة له بالمحاباة لنفسه في ذلك والميل إلى التبخيس فيما يشتريه نظرا لمصلحته الشخصية، وإن كان المضارب يملك سلطة التصرّف في المال بموجب عقد المضاربة، إلا أن تلك السلطة منوطة به بما يحقق المصلحة والمنفعة لمال المضاربة، وهي لا تخوله التصرّف فيه لمصلحته الخاصة، وتصرّف المضارب بشراء سلع المضاربة من نفسه لنفسه من هذا القبيل، وذلك لأن الغالب في تصرّف الإنسان لنفسه أنه يقدم مصلحته ومنفعته الشخصية على مصلحة غيره، ولذا لم يجز له مثل ذلك التصرّف لمنافاته مقصود المضاربة الأساسي من تحقيق الاسترباح وجلب المصلحة والفائدة لها، والله تعالى أعلم.

ثالثا: شراء المضارب مال المضاربة لنفسه من مضارب آخر:

إذا كان لرب مال واحد مضاربان اثنان مشتركان في مال واحد كأن دفع ربّ المال إليهما معا مالا واحدا للمضاربة به، أو كان كل منهما منفردا بمال مستقل لرب المال، كأن دفع ربّ المال إلى كل منهما مالا منفردا للمضاربة به، فأراد أحدهما أن يشتري من الآخر سلعة من مال المضاربة الذي معه لنفسه فقد ذهب **الشافعية** إلى جواز ذلك له، سواء كان المضاربان في مالين منفردين لأنه عندئذ أجنبي بالنسبة لما مع الآخر أو كانا مضاربين في مال واحد كما في

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٢٦/٢٢.

٢ – انظر: أطفيش، شرح النيل، ٣٤٢/١٠. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٢٠/٧.

٣ – انظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٧٥/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٢٧٥/٥.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٢/١٠.

الوصيين المستقلين فإن لأحدهما أن يشتري لنفسه من الآخر.[١]

الفرع الرابع: التصرّف بيعا وشراء مع مضارب آخر لرب المال للمضاربة:

إذا تعامل مضارب بيعا وشراء مع مضارب آخر لرب المال للمضاربة، فإما أن يكون كل واحد منهما مضاربا في مال منفرد لرب المال وإما أن يكون كلاهما مضاربا في مال واحد لرب المال:

الحالة الاولى: أن يكون كل من المضاربين مضاربا بمال منفرد لرب المال:

إذا دفع شخص لشخص مالا مضاربا ثم دفع مالا آخر لشخص آخر، فأراد أحد المضاربين معاملة الآخر بيعا أو شراء للمضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز لكل من المضاربين التعامل مع الآخر للمضاربة، فلكل منهما أن يبيع سلعا من مال مضاربته للمضارب الآخر، وله أن يشتري سلعا من مضاربة الآخر لمضاربته.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والمالكية**[٣] **والشافعية في وجه.**[٤]

والضابط عند **الحنفية** في ذلك هو: أن كل بيع أو شراء كان مفيدا صح وجاز.

إلا أن **المالكية** يشترطون لذلك فيما يظهر أن تكون المعاملة بينهما بغير محاباة، فاذا باع أحد العاملين من صاحبه بمحاباة، فخسر المحابي منهما فلرب المال أن يحاججه في ذلك.[٥]

القول الثاني: لا يجوز لكل من المضاربين معاملة المضارب الآخر للمضاربة لا بيعا ولا شراء.

وإليه ذهب **الشافعية في الأصح.**[٦]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأنه وإن كان المالان لواحد إلا أن هذا البيع مفيد، فهو يدخل في مضاربة كل واحد منهما ما لم يكن فيها، والبيع إذا كان مفيدا كان صحيحا[٧]

---

١ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥. ولم يتعرض لهذه المسألة من الفقهاء غير **الشافعية** فيما اطلعت عليه.

٢ – السرخسي، المبسوط، ١٥٨/٢٢.

٣ – القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦.

٤ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢–٤٠٨. الهيتمي، تحفة المحتاج،٤٢٤/٢. العمراني، البيان، ٢٠٧/٧. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٩٤/٣.

٥ – القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦.

٦ – الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٧/٢–٤٠٨. الهيتمي، تحفة المحتاج،٤٢٤/٢. العمراني، البيان، ٢٠٧/٧.

٧ – السرخسي، المبسوط، ١٥٨/٢٢.

أدلة القول الثاني:

لأن كلاً من المالين هو لرب المال، فإذا جاز بيع أحد المضاربين من الآخر للمضاربة يلزم منه مقابلة مال المالك بمال المالك، وهو ممتنع، كما يمتنع بيع العامل من المالك.(١)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لأن كلاً من المضاربين ورب المال أجنبي من وجه بالنسبة إلى المال، فرب المال مالك لرقبة المالين، في حين أن كلاً من المضاربين مالك للتصرّف في المال المنفرد به، فكان كل منهم أجنبي إلى المال من وجه، فجاز الشراء والبيع بين المضاربين، كما أن البيع والشراء بين المضاربين هو تصرّف مفيد فهو يدخل في مضاربة كل واحد منهما ما لم يكن فيها، وقد لا تتحقق الفائدة إلا به فقد يكون أحد المضاربين أحذق من الآخر في بيع هذه السلعة وتحصيل ربح أكثر فيها، في حين يعجز الآخر عن بيعها بنفسه للأجنبي بربح جيد، فيبعها للآخر لذلك، فتحصل الفائدة بذلك لكل من المضاربين ولرب المال أيضا فجاز ذلك، والله تعالى أعلم.

الحالة الثانية: أن يكون كل من المضاربين مضاربا بمال واحد لرب المال:

إذا كان لرب المال مضاربان في مال واحد دفعه إليهما معا مضاربة، وكان ربّ المال قد اثبت لكل منهما الاستقلال بالتصرّف أو شرط عليهما الاجتماع في التصرّف، فأراد أحد المضاربين أن يشتري من الآخر سلعا من المضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز هذا التصرّف على قولين:

القول الأول: لا يجوز معاملة أحدهما للآخر مطلقا سواء أثبت ربّ المال لكل منهما الاستقلال أو شرط عليهما الاجتماع.

وإليه ذهب **الشافعية** في المعتمد.(٢)

وبناء على الضابط الذي سار عليه **الحنفية** في مذهبهم من أن كل تصرّف مفيد يكون صحيحا فإنهم يتفقون مع القول المعتمد عند **الشافعية** ــ وإن لم يتعرضوا لذكر هذه المسألة أصلا ــ وإنما يكون التصرّف مفيدا بأن كان يَخْرُجُ به من المضاربة ما كان فيها ويَدْخُلُ به في المضاربة ما لم يكن فيها، وذلك لأن مبنى التصرّفات الشرعية على الفائدة، ومتى لم يكن مفيدا لم يكن صحيحا(٣)، وعليه فمعاملة أحد المضاربين للآخر وبيعه منه وشراؤه في مال المضاربة الواحد

---

١ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥. بتصرّف

٢ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥-٢٣٤.

٣ – انظر: السرخسي، المبسوط،٢١٢/١١. ١٢٧/٢٢. السرخسي، المبسوط، ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٦٧/٦.

هو تصرّف غير مفيد، لأنه لم يخرج به من المضاربة ما كان فيها ولم يدخل به في المضاربة ما لم يكن فيها، فالسلع المشتراة والمباعة باقية في مال المضاربة لم تخرج منه ولم تدخل إليها سلع جديدة فانتفت الفائدة من وراء ذلك التصرّف فلم يجز.

القول الثاني: يجوز معاملة أحدهما للآخر إذا أثبت ربّ المال لكل منهما الاستقلال، فإذا شرط عليهما الاجتماع فلا يجوز أن يعامل أحدهما الآخر.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه.**[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن فيه مقابلة مال المالك بمال المالك، فكما امتنع بيع العامل من المالك فيمتنع بيع أحد العاملين من الآخر للقراض لأن المال للمالك فيلزم مقابلة ماله بماله.[٢]

أدلة القول الثاني:

لم أقف فيما اطلعت عليه على أدلة استدل بها الفريق الثاني لما ذهبوا إليه.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لأن معاملة أحد المضاربين للآخر وبيعه منه وشراؤه في مال المضاربة الواحد هو تصرّف غير مفيد، لأنه لم يخرج به من المضاربة ما كان فيها ولم يدخل به في المضاربة ما لم يكن فيها، فالسلع المشتراة والمباعة باقية في مال المضاربة لم تخرج منه، كما لم تدخل إليها سلع جديدة، فما باعه أحدهما من مال المضاربة يعود إليها في اللحظة نفسها، فتنتفي الفائدة من وراء ذلك التصرّف عندئذ فلم يجز، لأن مبنى التصرّفات الشرعية على الفائدة، والله تعالى أعلم.

المطلب السادس: تصرّف المضارب بالاستئجار للمضاربة:

ويمكن بحث موضوع تصرّف المضارب بالاستئجار للمضاربة في المحورين التاليين:

الفرع الأول: حكم تصرّف المضارب بالاستئجار للمضاربة:

إذا أراد المضارب الاستئجار للمضاربة فلذلك حالتان هما محل توافق بين الفقهاء:

الحالة الاولى: أن يكون محل الاستئجار مما جرت عادة التجار بالاستئجار فيه وعدم تولي التاجر ذلك بنفسه أو مما تقتضيه مصلحة المضاربة وحاجتها للاستئجار فيه:

---

١ – الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٣/٥. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٩٤/٣. الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥.

٢ – الشبراملسي، حاشية الشبراملسي، ٢٣٣/٥.

لا خلاف بين الفقهاء في أن المضارب يملك بمطلق العقد أن يستأجر للمضاربة ما جرت عادة التجار بالاستئجار فيه، دون حاجة في ذلك إلى تفويض أو إذن صريح من ربّ المال ؛ فيجوز للمضارب أن يستأجر المخازن لحفظ البضاعة ويستأجر المكاتب والدكاكين لعرضها وبيعها، ويستأجر وسائل النقل كالدواب والسيارات والسفن والطائرات لنقلها، ويستأجر الآلات والأدوات اللازمة لتنميتها، كما أن له أن يستأجر من العمال والأجراء والموظفين من يعينه في تجارته ويقوم بأعمال في المضاربة والتجارة، لكون أن مال المضاربة كثير وواسع يشق عليه ولا يقوى عليه وحده فتقتضي حاجة المضاربة استئجار من يكفيه بعض مؤنته والاستعانة بهم، أو لكون أن عادة التجار لم تجر بأن يتولاها التاجر بنفسه، بل يباشرها غيره بأجرة، كحمل الامتعة وشدها والمناداة وتقاضي الدين وحفظ المال، واستئجار الخبراء والاستشاريين المتخصصين في معرفة السوق وأسعاره وحاجاته ومتطلباته وإقامة المحامين والمحاسبين لتحصيل الديون وتنظيم الدفاتر ونحو ذلك، ويكون أجرة ذلك كله في مال المضاربة.[١]

وجه الاتفاق:

١. لأن للمنافع حكم المال عند العقد، والاستئجار تجارة من حيث إنه مبادلة مال بمال[٢]، فكان الاستئجار بمنزلة الشراء، وهو يملك الشراء فيملك الاستئجار.

٢. لأن الاستئجار من ضرورات التجارة وتتمّتها ومصالحها وطريق لتحصيل الربح المقصود من عقد المضاربة، والمضارب لا يستغني عن الأعوان والأجراء لتتميم هذا المقصود، لأنه لا يتوصل إلى الربح إلا بالعمل، وربما لا يتمكن المضارب من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الأجير يستعين به في ذلك.[٣]

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢٢/ ٣٨–٣٩، ١٠٢. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥، ٥٢٦، ٥٤٧. الباجي، المنتقى، ١٠٨/٧، ١١٢. المواق، التاج والإكليل، ٤٥١/٧. القرافي، الذخيرة، ٦٢/٦. ابن عبد البر، الاستذكار، ١٦٩/٢١. النووي، روضة الطالبين، ١٣٤/٥–١٣٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٦/٥. . الشيرازي، المهذب، ٤٨٠/٣. ابن قدامة، المغني، ١٦٣/٧–١٦٤. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٢/٢. ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧، ٩١. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٧٦/٨. الجبعي العاملي، الروضة البهية، ٢١٤/٤. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠، ٣٤٤. بتصرّف

٢ – السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢.

٣ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢، ١٠٢. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٦/٥. بتصرّف.

٣. حملا للإطلاق على المعتاد، إذ إن المضارب يملك ولاية الأمر الشائع المشهور في عرف التجار، والاستئجار من عادة التجار وعرفهم، والعرف في مثل هذه الأعمال ألا يتولاها بنفسه.(١)

الحالة الثانية: أن يكون محل الاستئجار مما لم تجر عادة التجار بالاستئجار فيه بل يتولاها التاجر بنفسه:

أما ما جرت فيه عادة التجار في أموالهم بأن يتولاها التاجر بنفسه ولا يستأجر عليها كنشر الثوب وطيه ومباشرة العقود من بيع وشراء وعرضه على مشتر ومساومة وأخذ ثمنه ووزن الخفيف كذهب وفضة وختم كيس وإحراز لمالها في الصندوق وقبض نقد ونحو ذلك، فلا خلاف في أنه ليس للمضارب أن يستأجر من يقوم بها عنه، بل يلزمه القيام بها بنفسه، ولا أجرة له مقابل ذلك، فإن استأجر على شيء من ذلك كانت أجرته عليه وحده في ماله لا في مال المضاربة ولا في ربحه، لأنه بذلها عوضا عما يلزمه.(٢)

فالضابط هنا عند الفقهاء أن ما جرت عادة التجار وعرفهم بالاستئجار عليها وعدم توليه بنفسه أو اقتضته حاجة المضاربة ومصلحتها جاز للمضارب الاستئجار عندئذ، وما لا فلا.

وجه الاتفاق:

لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف أن هذه الأمور يتولاها بنفسه.(٣)

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٧٦/٨. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٦/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الشيرازي، المهذب، ٤٨٠/٣. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٥/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٢/٢. ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧. الباجي، المنتقى، ١١٢/٧. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢. بتصرّف

٢ – انظر: الدردير، الشرح الكبير، ٢٨٨/٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٥٦/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩٣/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٤٣٩/٣–٤٤٠. النووي، روضة الطالبين، ١٣٤/٥–١٣٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٥/٥، ٢٣٦. الشيرازي، المهذب، ٤٨٩/٣–٤٨٠. ابن قدامة، المغني، ١٦٣/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧١/٢–٢٧٢. ابن مفلح، الفروع، ٩١/٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٧/٥–١٢٨. الحلي، قواعد الأحكام، ٧٥/٨. السيستاني، علي الحسيني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ط٣، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٤٢٢هـ–٢٠٠١م ، ص ص١٧٩–١٨٠. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٤/١٠.

٣ – ابن قدامة، الكافي، ٢٧١/٢. وانظر: الشيرازي، المهذب، ٤٨٠/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٤١/٥. العمراني، البيان، ٢٠٣/٧. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٥٦/٧. الطباطبائي، علي الطباطبائي، رياض المسائل ، ط١، دار الهادي، بيروت، ١٤١٢هـ–١٩٩٢م ، ٤٥١/٥.

الفرع الثاني: الفروع المتعلقة بتصرّف المضارب بالاستئجار للمضاربة:

ويتفرع عن موضوع تصرّف المضارب بالاستئجار للمضاربة المسألتان التاليتان:

أولا: استئجار المضارب نفسه للمضاربة:

إذا قام المضارب بعمل من لا يلزمه عمله وما لا يتولاه بنفسه عادة وهو من مصلحة المضاربة، فإن كان عمل ذلك متبرعا لم يستحق أجرة[١]، وإن كان عمله على قصد الرجوع بالأجرة، فقد اختلف الفقهاء فيما هل يستحق أجرة على عمله أم لا؟

القول الأول: لا يستحق المضارب أجرة على عمله ولا يرجع به في مال المضاربة، وكان عمله تطوعا ومتبرعا به.

وإليه ذهب **الشافعية**[٢] **والحنابلة في الصحيح** [٣] **والزيدية**[٤] **والأباضية في الصحيح.**[٥]

القول الثاني: يستحق المضارب الأجرة على عمله.

وإليه ذهب **المالكية**[٦] **والحنابلة في وجه**[٧] **والجعفرية** [٨] **والأباضية في قول.**[٩]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

---

١ – ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧. النجفي، جواهر الكلام، ٣٣٥/٢٦. الطباطبائي، رياض المسائل، ٤٥١/٥. السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ص١٨٠. الكركي، جامع المقاصد، ٧٦/٨. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٢٦/٢.

٢ – النووي، روضة الطالبين، ١٣٥/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٦/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٨٠/٣. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٥/٢. الرافعي، العزيز، ٣٢/٦. البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ١٩٥/٣. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٤١/٥. البغوي، التهذيب، ٣٨٧/٤. العمراني، البيان، ٢٠٣/٧. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣١٨/٧.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧. ابن مفلح، الفروع، ٩١/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٢/٢.

٤ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٥ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٥/١٠.

٦ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٥٦/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩٣/٦. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٨٨/٥.

٧ – ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٢/٢.

٨ – النجفي، جواهر الكلام، ٣٣٥/٢٦. الطباطبائي، رياض المسائل، ٤٥١/٥. السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ص١٨٠.

٩ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٥/١٠. إلا أنه على هذا القول يكون الاستحقاق هنا مع الكراهة، حيث يكره للمضارب أخذ الأجرة.

١. لأن المضارب لا يستحق على عمله في مال واحد عوضين أجرة وربحا.[١]

٢. لأنه عمل في مال غيره عملا لم يُجْعَل له في مقابلته شيء، فكان ذلك تبرعا منه بما لا يلزمه فلم يستحق شيئا كالأجنبي وكالمرأة التي تستحق على زوجها خادما إذا خدمت نفسها.[٢]

أدلة القول الثاني:

١. لأنه فعل ما يستحق الأجر فيه فاستحقه كالأجنبي.[٣]

٢. بناء على استحقاق الشريك للأجرة إذا انفرد بعمل لا يلزمه، وهذا مثله.[٤]

٣. بناء على القول بجواز بيع وكيل البيع لنفسه وجواز شراء وكيل الشراء من نفسه وجواز استئجار الوكيل في الاستئجار لنفسه، فكذلك يجوز استئجار المضارب نفسه لذلك العمل هنا وبالتالي استحقاقه الأجرة.[٥]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، إلا أنه لا ينبغي ألا يتُجاوز بالأجرة هنا أجرة المثل حتى لا يكون هناك مدخلا إلى المحاباة لنفسه أو حيلة إلى أن يأخذ أكثر مما اشترط له في عقد المضاربة، كما ينبغي أيضا ألا يؤدي قيامه بالعمل المستأجر عليه إلى التقصير في عمله الأصلي الملزم به في تنمية مال المضاربة، و**وجه ذلك:** لأنه لما جاز أن يستأجر أجنبيا للقيام بهذا العمل لحاجة المضاربة إلى ذلك، فلئن يجوز للمضارب أن يقوم به بأجرة من باب أولى إن كان ممن يتقنه، لكونه أكثر شفقة وأشد حرصا واهتماما بالمال من الأجنبي لكونه له نصيب في الربح، مما يدعوه ذلك إلى إتقان العمل على الوجه المطلوب، بخلاف الأجنبي الذي قد يهمل أو يفرط في القيام بالعمل وحفظه من الضياع أو يؤدي العمل ناقصا على غير الوجه المطلوب، لكون المال ليس ماله ولا نصيب له فيه، كما أنه لا محذور يخشى منه بسبب قيام المضارب بهذا العمل واستحقاقه للأجرة في مقابلته، وبخاصة بعد مراعاة ما ذكرناه من شروط، أما دعوى أن المضارب لا يستحق على عمله في مال واحد عوضين أجرة وربحا فلا يستحق الأجرة، هي

---

١ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣١٨/٧.

٢ – ابن قدامة،المغني، ١٦٤/٧.ابن قدامة،الكافي، ٢٧٢/٢.وانظر:الشيرازي،المهذب، ٤٨٠/٣. الأنصاري،أسنى المطالب، ٣٤١/٥.

٣ – ابن قدامة، الكافي، ٢٧٢/٢.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٧.

٥ – الكركي، جامع المقاصد، ٧٦/٨. الطباطبائي، رياض المسائل، ٤٥١/٥.

دعوى لا يسلّم بها، لأن استحقاقه للربح والأجرة وإن كان في مال واحد إلا أنهما يستحقان لـــه بسببين مختلفين لا بسبب واحد، فهو يستحق الربح لقيامه بما يلزمه في المال، ويستحق الأجـــرة لقيامه بما لا يلزمه فيه، وإذا كان الأمر كذلك فلا مانع من استحقاقه للعوضين معا، أما دعـــوى أنه عمل في مال غيره عملا لم يُجْعَل له في مقابلته شيء، فكان ذلك تبرعا منه، فهـــي دعـــوى أيضا غير مسلّم بها كما ذكرناه سابقا في توجيه **الرأي المختار** في مسألة استئجار الشريك نفسه لعمل الشركة، إذ إن هذا عمل ليس عارياً عن البدل، بل هو في الحقيقة عمـــل يقابلـــه بـــدل أو عوض (أجرة) بمقتضى عقد المضاربة والعرف؛ فحاجة المضاربة ومصلحته تقتضي بأن يقوم أحد به بأجرة سواء كان المضارب نفسه أو غيره، كما أن العرف جرى بالاستئجار في مثل ذلك العمل فاقتضى استحقاق من يقوم به للأجرة في مقابلته سواء قام به المضارب نفسه أو غيـــره، والله تعالى أعلم.

ثانيا: استئجار المضارب ربّ المال للمضاربة:

إذا أراد المضارب استئجار ربّ المال لعمل من أعمال المضاربة، فقد ذهب **الحنفية** إلى أنـــه لا يجوز للمضارب أن يستأجر ربّ المال، فإن استأجره ليقوم بعمل من أعمال المضاربة جاز ذلك على المضاربة، ولكن لا يستحق ربّ المال أجرة على عمله.[١]

وجه الرأي السابق:

لأن ربّ المال عامل في مال نفسه لنفسه وهو في ذلك لا يكون أجيرا لغيره، فلهذا لا يـــستوجب الأجرة به.[٢]

ولم يتعرض لهذه المسألة من الفقهاء غير **الحنفية** فيما اطلعت عليه، إذ لم ينص غيـــرهم علـــى ذلك لا من قريب ولا بعيد، إلا أنه من خلال الاطلاع على آراء الفقهاء فـــي مـــسألة اســـتئجار الشريك شريكه لعمل الشركة[٣] فينبغي أن ينسحب اختلافهم في تلك المسألة على مسألة استئجار المضارب لرب المال هنا، بجامع أن الشريك والمضارب متصرّف في مال الغير بإذن بقـــصد الاسترباح، وبجامع كون كل من الشركة والمضاربة من أنواع شركة العقد، وعليه فالذي أميـــل إليه في هذه المسألة: أنه يجوز للمضارب أن يستأجر ربّ المال لعمل المضاربة مما لا يلزمـــه توليه بنفسه ويستحق ربّ المال بذلك أجرة عمله في مال المضاربة، بشرط ألا يتُجاوز بالأجرة هنا أجرة المثل حتى لا يكون هناك مدخلا إلى محاباة ربّ المال ـــ كأن يقصد بـــذلك إقـــراره

---

١ – السرخسي، المبسوط، ٨٩/٢٢، ١٥٣.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٨٩/٢٢، ١٥٣. وانظر: الكاساني، ١١٨/٥.

٣ – انظر مسألة استئجار الشريك شريكه لعمل الشركة صفحة (٩٠–٩١) من هذه الدراسة.

واستدامة على المضاربة بالمال ــ أو حيلة إلى أن يأخذ أكثر مما اشترط له في عقد الشركة، **ووجه ذلك:** أنه لما جاز للمضارب استئجار الأجنبي لعمل المضاربة لحاجة المضاربة إلى ذلك، فلئن يجوز استئجار ربّ المال لذلك من باب أولى، لكونه أشفق وأشد حرصا واهتماما بالمال من الأجنبي لكونه مالكا لرأس المال، مما يدعوه ذلك إلى إتقان العمل على الوجه المطلوب، بخلاف الأجنبي الذي قد يهمل أو يفرط في القيام بالعمل وحفظه من الضياع أو يؤدي العمل ناقصا على غير الوجه المطلوب، لكون المال ليس ماله ولا نصيب له فيه، والاستئجار ضرورة للمضاربة ولو لم يستأجر المضارب ربّ المال لاضطر لاستئجار أجنبي، وبالتالي فرب المال أولى لما ذكرنا، كما أنه لا محذور يخشى منه بسبب استئجار المضارب لرب المال للقيام بهذا العمل واستحقاقه للأجرة في مقابلته وبخاصة بعد مراعاة ما ذكرناه من شروط، أما دعوى أنه باستئجار ربّ المال يكون ربّ المال عاملا في مال نفسه لنفسه، فلا يكون في ذلك أجيرا لغيره، فلا يستوجب الأجرة به، فلا يسلم بها لأنه وإن كان المال لرب المال إلا أنه أجنبي عنه من وجه لكونه مالكا لرقبة المال لا للتصرّف فيه الذي هو للمضارب وحده، ولهذا المعنى جاز استئجاره وإن كال المال ماله، والله تعالى أعلم.

<u>المطلب السابع: تصرّف المضارب بالاستدانة(الاقتراض):</u>

واستدانة المضارب إما أن تكون استدانة لعرض وهذا ما يعرف بالشراء بالنسيئة وقد سبق الكلام فيه[١]، وإما أن تكون استدانة لنقد وهو ما يعرف بالاقتراض، وقد اختلف الفقهاء في جواز اقتراض المضارب واستدانته للنقود على المضاربة، هل يملك ذلك بإذن ربّ المال أم لا يجوز له ذلك مطلقا؟ على قولين:

<u>**القول الأول:**</u> لا يجوز للمضارب الاقتراض واستدانة النقد على مال المضاربة مطلقا ولو بصريح الإذن له بذلك من ربّ المال، فإذا استقرض المضارب نقودا للمضاربة ولو مع إذن ربّ المال له بذلك فإنه يكون له ويلزمه وحده خاصة دون ربّ المال وما يشتريه به يكون ملكه أيضا، ويرجع المقرض عليه لا على ربّ المال.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والمالكية**[٣] **والشافعية**.[٤]

---

١ – انظر مسألة تصرف المضارب بالشراء نسيئة صفحة(١٧٥–١٨٤) من هذه الدراسة.

٢ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٩/٨. السرخسي، المبسوط، ١٨٠/٢٢، ١٨١. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٢/٢، ٣٦١.

٣ – المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧. ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٤١/٢–٢٤٢. القرافي، الذخيرة، ٧٧/٦.

٤ – البغوي، التهذيب، ٣٨٧/٤.

القول الثاني: لا يجوز للمضارب أن يقترض ويستدين نقودا إلا بإذن ربّ المال له بذلك.

وإليه ذهب **الزيدية**.(١)

وعليه فإن أذن له ربّ المال باقتراض النقد جاز له ذلك بشرط أن يعين في الإذن قدر النقد المأذون باقتراضه، فإن أذن باقتراض نقد معلوم للمضاربة وقع للمضاربة، ويضمه إلى ما دفعه إليه من المال فيكون الجميع مضاربة واحدة سواء كان المستدان منه معلوما أم لا إذ مدار صحة ضم الاقتراض إلى مال المضاربة أن يكون الاقتراض قدرا معلوما، وأما لو كان الإذن من ربّ المال باقتراض نقد ولم يعين قدره، ثم إن العامل إن اقترض فالمضاربة في الزائد باطلة , ويكون ما قبضه لنفسه إلا أن يضيفه إلى الآمر ثم يجيزه كان له، لأن القرض تلحقه الإجازة.(٢)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الأمر بالاستقراض باطل، إذ إنه لو أمر رجلا أن يستقرض لـه ألفا من فلان فاستقرضها كما أمره، كان الألف للمستقرض دون الآمر، وهذا لأن القرض مضمون بالمثل في ذمة المستقرض، وإذا كان البدل في ذمته كان المستقرض مملوكا له، وهو غير محتاج في ذلك إلى أمر الآمر، وما كان الأمر بالاستقراض إلا نظير الأمر بالتكدي (التسوّل) وهو باطل وما يحصل للمتكدي يكون له دون الآمر، إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك كذا فحينئذ يكون على الموكل لا الوكيل، لأنه يكون حينئذ رسولا لا وكيلا والمستقرض هو المرسل، وما دام التوكيل بالاستقراض باطلا صار الإذن وعدمه سواء.(٣)

٢. لأنه لو جاز الاقتراض على المضاربة لأخذ ربّ المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته لا ربح ماله.(٤)

٣. لأنه كما لا يجوز أن يستدين بالشراء نسيئة على المضاربة فكذلك لا يجوز أن يأخذ دينا فيها.(٥)

---

١ – العنسي، التاج المذهب، ١٦٠/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥.

٢ – العنسي، التاج المذهب، ١٦٠/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥.

٣ – انظر: السرخسي، المبسوط، ١٨٠/٢٢. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٩/٨. محمد أفنـدي، قـرة عيـون الأخيار، ٣٢٢/٢، ٣٦١.

٤ – انظر: القرافي، الذخيرة، ٧٧/٦. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٦/٧.

٥ – ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٤٢/٢.

<u>**اعتراض:**</u>

١. يعترض على أن قياس منع التوكيل بالاستقراض على منع التوكيل بالتكدّي (الشحاذة) هو قياس مع الفارق، وذلك لأن التوكيل بالاستقراض في الحقيقة ليس توكيلا بالشحاذة، وإنما توكيل بشيء يجب رد عينه إن كان باقيا أو رد قيمته إن استهلك، وأما التوكيل بالشحاذة إنما هو توكيل بشيء لا يلزم رده فافترقا، كما أنه لما جاز الاستقراض عن طرق الرسالة كما ذكروا فكذلك عن طرق الوكالة، إذ لو كان التوكيل بالاستقراض شحاذة فكذلك الاستقراض بالرسالة.[1]

٢. يعترض على دعوى أن الاقتراض يؤدي إلى أن يأخذ ربّ المال ربح ما ضمنه العامل في ذمته لا ربح ماله، بأنها دعوى لا يسلم بها أصلا، بل إن ربّ المال يأخذ ربح ما ضمنه هو في ذمته، لأن القرض إذا كان بإذن ربّ المال فهو واجب نافذ في ذمة ربّ المال ويكون مالكا له وضمانه عليه، ولا شيء منه نافذ في ذمة المضارب حتى يكون ما يأخذ المالك ربح ما لم يضمنه،فيستحق ربّ المال نصيبه من ربحه بملكه له ويستحق المضارب نصيبه منه بعمله.

٣. يعترض على الاستدلال على منع اقتراض المضارب بمسألة منعه الشراء نسيئة بأنه استدلال لا يستقيم، لأن هذا بناء على قول من منع الشراء نسيئة، وهو أمر خلافي غير متفق عليه فلا يسوغ الاحتجاج به على المخالف.

<u>**أدلة القول الثاني:**</u>

لم أقف فيما اطلعت عليه على أدلة للقول الثاني، والله تعالى أعلم.

<u>**الرأي المختار:**</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** حيث لا يجوز للمضارب الاقتراض للمضاربة بغير إذن ربّ المال، فإن أذن له ربّ المال بذلك ورأى المصلحة فيه جاز له ذلك ووقع للمضاربة، ويضم هذا إلى دفعه إليه أولا ليكون الجميع رأس مال للمضاربة، ويكون القرض في ذمة ربّ المال وحده دون المضارب، له ملكه وعليه ضمانه، والمقرض بالخيار فإن شاء رجع على ربّ المال لوجوب الدين في ذمته بإذنه، وإن شاء رجع على المضارب لأنه هو الذي عامله وباشر العقد معه، وحقوق العقد ترجع اليه، فإن رجع عليه رجع هو بدوره على ربّ المال بذلك لوجوب القرض في ذمته، والذي أميل إليه أنه يشترط في الإذن المجيز لذلك التصرّف أن يكون صريحا وخاصا، ولا يكفي فيه الإذن العام، كما ينبغي أيضا عند الإذن أن يحدد ربّ المال

١ – انظر: أبو يحيى، الاستدانة في الفقه الإسلامي، ص٢٣٨.

مقدارا أو سقفا أعلى للمبلغ المراد اقتراضه، وذلك مراعاة لرب المال، فقد يأذن له بالاقتراض ولكنه لا يرضى بأن يقترض عليه مبلغا كبيرا يرى فيه مشقة عليه وتكليفا له بما لا يطيق، فإذا لم يحدد له ربّ المال عند الإذن مقدار ذلك جاز لوجود الإذن بالاقتراض، وينظر فإن كان فيه عرف جار عمل به وإلا راعى في ذلك المصلحة وقدرة ربّ المال المالية، فإن بالغ في الاقتراض كان ما زاد عن الحد المأذون أو المعتاد في ذمته وحده دون ربّ المال له ربحه وعليه خسارته وضمانه.

أما إذا لم يأذن له ربّ المال إذنا صريحا، فلا يجوز له الاقتراض، فإن خالف فاقتراض للمضاربة بغير إذن نفذ ذلك عليه خاصة ولزمه في ذمته وحده دون ربّ المال، ويختص بملكه وربحه وضمانه، لأنه لم يقع للمضاربة، ويرجع المقرض عليه لا على ربّ المال، لأنه بفعله ذلك بغير إذن يكون متعد.

<u>ووجه الرأي المختار</u> <u>ما يلي:</u>

١. لأن اقتراض المضارب للمضاربة بغير إذن يتضمن إيجاب مال زائد في ذمة ربّ المال مقابل بدل حال دون رضاه، وذلك إضرار ظاهر به، إذ ليس للشخص أن يوجب حقا في ذمة غيره بغير رضاه أو إذنه، ولأن ربّ المال عند عقد المضاربة على جزء محدد من ماله قد يضع في حسبانه قبول وقوع الخسارة أو التلف في ذلك الجزء من ماله الذي عقدت عليه المضاربة ويرضى بالخسارة في نطاقه دون سائر ماله، وبالاقتراض يتجاوز احتمال الخسارة والتلف من ذلك الجزء إلى بقية أمواله، وذلك ضرر لا يجوز برب المال، لأنه لم يرض بوقوع الخسارة في غير ذلك الجزء من ماله.

٢. لأن اقتراض المضارب للمضاربة بغير إذن ربّ المال يزيد حجم رأس مال المضاربة ومقداره، ويتجاوز به الحد المتفق عليه عند إبرام عقد المضاربة، فيصير مال المضاربة حينئذ أكثر مما رضي ربّ المال بالمضاربة فيه، فالمضاربة إنما عقدت على رأس المال المعلوم القدر، فلا يجوز الزيادة فيه إلا برضى ربّ المال، كما أن هذا من ناحية أخرى يعتبر إنفرادا من قبل أحد العاقدين ـ وهو المضارب ـ بتغيير بند من بنود عقد المضاربة من غير الرجوع إلى الطرف الآخر ـ وهو ربّ المال ـ وأخذ رأيه في ذلك وهو لا يجوز.

٣. وإنما جاز الاقتراض بإذن ربّ المال لأن فيه مصلحة للمضاربة كما أن الحاجة تدعو إليه لتسيير أمور التجارة، فقد يكون مال المضاربة عروضا ينتظر بها المضارب الربح، فتحتاج تلك العروض إلى الحفظ أو النقل أو الصيانة ونحو ذلك وليس في يد المضارب من النقد ما

يكفي، أو قد يجد المضارب بضاعة تباع جملة واحدة بسعر رخيص لم يعهد مثله وليس في يده نقد يكفي أو كان مال المضاربة عروضا فيقترض ولا يضيع تلك الفرصة ونحو ذلك، كما أن الاقتراض نوع تجارة وفيه معنى المعاوضة إذ هو مبادلة مال بمال فكان بمنزلة الصرف، ولذلك جاز إذا وجد الإذن به من ربّ المال.

٤. قياسا على الشراء نسيئة، فإنه لما جاز للمضارب الشراء نسيئة بإذن ربّ المال لكونه يحقق مصلحة للمضاربة والحاجة تدعو إليه ــ بناء على **الرأي المختار** ــ فكذلك يجوز له الاقتراض بإذن ربّ المال لأنه أيضا يحقق مصلحة للمضاربة والحاجة تدعو إليه، والله تعالى أعلم.

المطلب الثامن: تصرّف المضارب بالإقراض من مال الشركة:

إذا أراد المضارب أن يقرض من مال المضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمضارب أن يقرض من مال المضاربة إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **الحنفية**[١] **والشافعية**[٢] **والحنابلة** وهو المذهب عندهم[٣]، **والزيدية**[٤]والأباضية [٥] إلا أن **الزيدية** استثنوا من حكم المنع السابق ما لو كان إقراضه لمصلحة، حتى إنهم قالوا بوجوبه على المضارب في حال ما لو خاف على المال من ظالم، حتى لو أنه لم يفعل ذلك مع التمكن ضمن عندهم.[٦]

وقد اشترط أصحاب هذا القول لجواز ذلك الإذن الخاص الصريح بعينه كأن يقول: " اقرض إن شئت"، ولا يكفي فيه الإذن العام (التفويض)، فلو قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" لم يجز له

---

١ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٨/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٥٤،٤٧٣/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢. العيني، العناية، ٤٥٤/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٧/٥، ٥٤٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥.

٢ – البغوي، التهذيب، ٣٨٧/٤.

٣ – ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٥١١/٢، ٣٢٩. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣، ٥١٩. ٢٤.

٤ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٥ – الكندي، المصنف، ١١٤/٢٥.

٦ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

الإقراض من مال المضاربة بذلك.[١]

وعليه فإن خالف المضارب فأقرض من مال المضاربة بغير إذن ربّ المال فهو ضامن [٢]

القول الثاني: يجوز للمضارب الإقراض بغير إذن شريكه.

وإليه ذهب ابن عقيل من فقهاء **الحنابلة**.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن القرض تبرع في الحال إذ لا يقابله عوض للحال وإنما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع.[٣]
٢. لأنه ليس في الإقراض تحصيل شيء من مقصود ربّ المال وهو الربح، لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله، لا يتصور فيه زيادة شرط ولا غيره.[٤]
٣. لأن المضاربة تنعقد على التجارة، والإقراض ليس بتجارة.[٥]
٤. لمنع العرف من ذلك.[٦]
٥. لأن فيه تعرضا للخطر من غير فائدة مرجوة.[٧]

أدلة القول الثاني:

لم أجد فيما اطلعت عليه أدلة للقول الثاني، والله تعالى أعلم.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث لا يجوز للمضارب أن يقرض من مال

---

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢–٤٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. المرغيناني، الهداية، ٨/ ٤٥٤، ٤٧٣. العيني، العناية، ٤٥٤/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٧/٥، ٥٤٨. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣–١٥٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٢ – الكندي، المصنف، ١١٤/٢٥.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. وانظر: السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢. وانظر: المرغيناني، الهداية، ٤٥٤/٨. العيني، العناية، ٤٥٤/٨.

٥ – انظر:الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢.

٦ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٧ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

المضاربة إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا فلا، وذلك لقوة ما استدل به الفريــق الأول، ولأن في ذلك تعرض المال للخطر من غير فائدة مرجوة، وتكليف المضارب أو ربّ المال عناء المطالبة بوفاء الدين وخاصة مع مماطلة المدين دون أن يعود ذلك التصرّف علـــى المــضاربة بمنفعة أو مصلحة، كما أن الإقراض بمنزلة إتلاف للمال في الحال وهو لا يجوز، كما أنه ليس من صنيع التجار ولا عادتهم فلا يملكه، والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني

تصرّفات المضارب في عقود الإطلاقات والتوثيقات والحفظ والمشاركات

المطلب الأول: تصرّفات المضارب في عقود الإطلاقات:

ومن عقود الإطلاقات التي يمارسها المضارب في مال المضاربة: التوكيل والإبضاع.

الفرع الأول: تصرّف المضارب بالتوكيل للمضاربة:

إذا أراد المضارب أن يوكل من يقوم بعمل للمضاربة، فإما أن يوكل شخصا أجنبيا بذلك وإما أن يوكل ربّ المال:

أولا: تصرّف المضارب بتوكيل أجنبي لعمل المضاربة:

إذا أراد المضارب أن يوكل شخصا أجنبيا بالقيام بعمل من أعمال المضاربة، كبيع بعض سلع المضاربة أو شراء بعض السلع للمضاربة أو قبض ثمن مبيع ونحو ذلك، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك التصرّف للمضارب، هل يملكه بمطلق العقد؟ أم لا بد من إذن ربّ المال بذلك؟ على قولين:

القول الأول: يجوز للمضارب أن يوكل من يقوم بعمل من أعمال المضاربة بمطلق العقد، دون حاجة إلى إذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والحنابلة في وجه**(٢) **والزيدية**.(٣)

والضابط في ذلك عند **الحنفية** هو أن كل ما للمضارب أن يعمل بنفسه فله أن يوكل فيه غيره، وكل ما لا يكون له أن يفعله بنفسه لا يجوز فيه وكالته على ربّ المال لأنه لما لم يملك أن يعمل بنفسه فبوكيله أولى.(٤)

القول الثاني: لا يملك المضارب التوكيل للمضاربة إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **المالكية**(٥) **والحنابلة في الصحيح** من المذهب.(٦)

---

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨، ٤٧٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٣/٥–٥٢٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨.

٢ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥. البغلي، حاشية ابن قندس، ٤٤/٧، ٤٥. ابن مفلح، الفروع، ٤٤/٧.

٣ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥.

٥ – مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت ، ١٠٥/١٢.

٦ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة، فالعقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنع التجار لكونه طريقا مفضيا إلى المقصود، إذ إن له أن يفعل ما هو معتاد بين التجار، والتوكيل من صنيعهم وعادتهم.(١)

٢. لأن التوكيل دون المضاربة وجزء منه، والمضاربة أعم من الوكالة، ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه لا ما هو مثله، فتكون المضاربة متضمنة للإذن به بخلاف الوكيل.(٢)

٣. لأن التوكيل هو من ضرورات التجارة التي يحتاج إليها المضارب لتحصيل الربح، ولا يجد منها بدا، فالتجارة نوعان حاضرة في بلده وغائبة في بلدة أخرى، ولا يتمكن من مباشرتهما بنفسه، ولو لم يجز له االتوكيل لفاته أحد نوعي التجارة لاشتغاله بالنوع الآخر.(٣)

٤. لأن للمضارب أن يفعل ما فيه مصلحة المال، وربما كان التوكيل أصلح، لأنه قد يكون الوكيل أقوى منه على العمل وأعرف منه.(٤)

أدلة القول الثاني:

لأن حكم المضارب حكم الوكيل، والوكيل لا يجوز له التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إذ لم يعجز عنه فكذلك هنا.(٥)

اعتراض:

اعترض على دعوى قياس المضارب على الوكيل في المنع من التوكيل بأنها دعوى منتفية غير مسلّم بها، وذلك لأن الشريك يفترق عن الوكيل فلا يصح القياس عليه لما يلي:

١. لأن المضاربة أعم من الوكالة ويجوز أن يستفاد بالشيء ما هو دونه بخلاف الوكالة

---

١ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٤/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨.

٢ – انظر:محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٨/٢.الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. السرخسي،المبسوط، ١٧٦/١١. بتصرّف.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢.

٤ – البغلي، حاشية ابن قندس، ٤٥/٧.

٥ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥.

المفردة أن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره بمطلق الوكالة إلا إذا قيل له اعمل برأيك، لأن المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول الربح، بل إدخال المبيع في ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الأولى والشيء لا يستتبع مثله.[١]

٢. لعموم تصرّف المضارب وكثرته وطول مدته غالبا وهذه قرائن تدل على الإذن في التوكيل في البيع والشراء بخلاف الوكيل[٢] حيث يكون تصرّفه خاص ومحصور في تحصيل شيء بعينه.

<u>الرأي المختار:</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث أجاز للمضارب أن يوكل من يقوم بعمل من أعمال المضاربة بمطلق العقد، دون حاجة إلى إذن ربّ المال، وذلك لأن التوكيل من عادة التجار، والمضاربة تنعقد على عادتهم وعرفهم، كما أن التوكيل من ضرورات التجار ومصالحها، فالتاجر قد لا يمكنه مباشرة جميع التصرّفات ولا يتهيأ له ذلك بنفسه، فلا يجد منه بدا لتحقيق مقصود المضاربة من الاسترباح، كما أنه لما كان له أن يستأجر من يحفظ المال ومن يتجر فيه فأولى أن يوكل، لأنه دون الاستئجار، والله تعالى أعلم.

<u>ثانيا: تصرّف المضارب بتوكيل ربّ المال لعمل المضاربة:</u>

إذا أراد المضارب أن يوكل ربّ المال للقيام بعمل من أعمال المضاربة، فقد اختلف فقهاء **الحنفية**[٣] في جواز ذلك على قولين:

<u>القول الأول:</u> لا يجوز للمضارب أن يوكل ربّ المال لعمل المضاربة.

وإليه ذهب زفر من **الحنفية**.[٤]

<u>القول الثاني:</u> يجوز للمضارب أن يوكل ربّ المال لعمل المضاربة.

وإليه ذهب **الحنفية**.[١]

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥.

٢ – المرداوي، الإنصاف، ٤١٧/٥.

٣ – وهذه المسألة تفرد بها **الحنفية** بالذكر ولم يتطرق لها من الفقهاء غيرهم فيما اطلعت عليه، بل إن هذه المسألة لم يتعرضوا لها منفردة بل جاءت تبعا لمسألة (تصرّف المضارب بإبضاع رب المال) في طيات استدلالهم لأقوالهم فيها، والله تعالى أعلم.

٤ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٧٤/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢، ٣٤٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. قاضي زاده، احمد بن قودر ، <u>نتائج الأفكار</u>، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧م ، ٤٧٥/٨. البابرتي، العناية، ٤٧٤/٨.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن ربّ المال يتصرّف في مال نفسه، فلا يصلح وكيلا فيه، لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه؟ [٢]

اعتراض:

واعترض على ما استدل به أصحاب **القول الأول** آنفا بأن ربّ المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال فجاز توكيله.[٣]

أدلة القول الثاني:

لأن التصرّف هو حق للمضارب، فله أن يوكل، ورب المال صالح لأن يكون وكيلا عنه في التصرّف كالأجنبي[٤]، لأن ربّ المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال فجاز توكيله.[٥]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** الذي أجاز للمضارب أن يوكل ربّ المال لعمل المضاربة، وذلك لأن ربّ المال وإن كان مالكا للمال إلا أنه أجنبي عن المال من وجه، فهو يملك رقبة المال، أما التصرّف فيملكه المضارب دون ربّ المال، فهو أجنبي عنه من هذا الوجه فجاز توكيله فيه، ولأنه لما جاز للمضارب توكيل أجنبي للقيام بعمل المضاربة لحاجته إلى ذلك، فلئن يجوز توكيل ربّ المال للقيام بذلك من باب أولى لكونه أشفق به وأكثر حرصا واهتماما به من الأجنبي، كما أنه لا محذور يخشى منه من توكيل ربّ المال، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تصرّف المضارب بالإبضاع:

إذا أراد المضارب أن يبضع مال المضاربة بأن يدفع منه لمن يتجر ويعمل به متبرعا للمضاربة، فإما أن يبضعه لأجنبي وإما أن يبضعه لرب المال:

---

١ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٧٤/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢، ٣٤٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٩/٥.

٢ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٤/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢. العيني، البناية، ٨٧/١٠. زاده أفندي، نتائج الأفكار، ٤٧٥/٨.

٣ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٧٤/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٥/٢.

٤ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٩/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢، ٣٤٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٤/٨.

٥ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٧٤/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٥/٢.

أولا: تصرّف المضارب بإبضاع أجنبي مال المضاربة:

إذا أراد المضارب أن يبضع أجنبيا شيئا من مال المضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب، هل يملك الإبضاع بمطلق العقد؟ أم لا بد من إذن ربّ المال له بذلك؟ على قولين:

القول الأول: يجوز للمضارب أن يبضع مال المضاربة لأجنبي يتجر به بمطلق العقد، دون حاجة إلى إذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والحنابلة في رواية** (٢) **والأباضية.**(٣)

القول الثاني: لا يجوز للمضارب الإبضاع إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز، وإلا فلا.

وإليه ذهب **المالكية**(٤) **والحنابلة في الأصح.**(٥)

وقد اكتفي **الحنابلة** لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا التصريح، فإن قال له "أعمل برأيك" ورأى المصلحة جاز له الإبضاع حينئذ.(٦)

وعليه فإذا خالف المضارب فأبضع بغير إذن ربّ المال ضمن إن تلف المال أو خسر لتعديه(٧)، أما إن ربح المال فقد ذهب **المالكية** إلى أنه إن كان الإبضاع بأجرة كان للمبضَع أجرته في ذمة العامل، ثم إذا كانت الأجرة أكثر من حظ العامل من الربح فيجب له حظه من الربح يدفعه فيما عليه من الأجرة ويغرم الزائد، وإن فضلها الربح ففضله لرب المال لا للعامل، لأنه لم يعمل شيئا، وأما إن أبضع مكارمة على وجه المعونة دون أجر، فللعامل الأقل من حظه من الربح وأجرة مثل الذي أبضع معه أن لو كان استأجره، لأنه لم يتطوع إلا للعامل، وذو المال رضي أن

---

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨، ٤٧٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٣/٥–٥٢٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥. البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨.

٢ – ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٧/٧.

٣ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٤/١٠.

٤ – الدردير، الشرح الكبير، ٢٨٦/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩١/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٥٤/٧. القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ٦٤٦/٢. المواق، التاج والإكليل، ٤٤٩/٧، ٤٥٥. القرافي، الذخيرة، ٦٧/٦، ٩٢.

٥ – انظر: ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٧/٧.

٦ – ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧.

٧ – انظر: الدردير، الشرح الكبير، ٢٨٦/٥. القرافي، الذخيرة، ٦٧/٦، ٦٩. العدوي، حاشة العدوي، ١٥٤/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٨٦/٥.المواق، التاج والإكليل، ٤٤٩/٧، ٤٥٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩١/٦.

يعمل له فيه بعوض.[١]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن المضارب يملك الاستئجار فالإبضاع أولى، لأن الاستئجار استعمال في المال بعوض والإبضاع استعمال فيه بغير عوض فكان أولى.[٢]

٢. لأن العقد بإطلاقه ينتظم جميع صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار وعادتهم، لأنه قد يربح في جهة من التصرّف دون جهة أو في نوع من الأنواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح مقصود عقد المضاربة، والابضاع من صنوف التجارة وعادة التجار وصنيعهم.[٣]

٣. لأن المقصود من هذا العقد هو الربح والإبضاع طريق إلى ذلك فجاز له[٤]، فالمضارب يحتاج إليه لتحصيل الربح ولا يستغني عن الأعوان لتتميم هذا المقصود، فالتجارة نوعان حاضرة في بلده وغائبة في بلدة أخرى، ولا يتمكن من مباشرتهما بنفسه، ولو لم يجز له الإبضاع لفاته أحد نوعي التجارة لاشتغاله بالنوع الآخر.[٥]

٤. لأن حكم الإبضاع دون حكم المضاربة فيتضمنه، لأن الشيء يتضمن دونه ولا يتضمن مثله.[٦]

أدلة القول الثاني:

لأن ربّ المال رضي بأمانة العامل ونظره دون نظر غيره وأمانته، فكان العامل متعديا بتسليم المال إلى غيره وإخراجه عن يده، فوجب أن يضمن كالوكيل إذا وكل غيره فيما أؤتمن عليه ولم يؤذن له، ولأنه دفع إليه المال على وجه الأمانة ليكون في يده، فلم يجز له دفعه إلى غيره

---

١ – انظر: العدوي، حاشة العدوي، ١٥٤/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٨٦/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩١/٦.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. وانظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥.

٣ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٤/٥. البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢، ١٠٢.

٦ – انظر: العيني، البناية، ٥٣/١٠. المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨–٤٥٤. البابرتي، العناية، ٤٥٤/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٧/٥.

أصله المودع.[١]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لما استدل به أصحاب هذا القول من كون الإبضاع من عرف التجارة وعادة التجار والمضاربة تنعقد على الغالب المتعارف لديهم، ومن كونه أيضا وسيلة لتحصيل الربح وتحقيق مقصود المضاربة من الاسترباح لا يستغني عنها المضارب لعدم استطاعته القيام بجميع التصرّفات المحققة للاسترباح، ومن كون أنه لما ملك الاستئجار بأجر ملك الإبضاع بدون أجر من باب أولى، إلا أنه ينبغي للمضارب أن يبضع مال المضاربة لمن يثق بأمانته وخبرته وحرصه على مال المبضع إليه، وذلك حتى يأمن ضياع المال وخسارته بسبب تقصيره أو تفريطه لكونه لا نصيب له في المال ولا الربح، فيقل اهتمامه به أو بسبب خيانته أو قلة خبرته في التجارة ونحو ذلك، والله تعالى أعلم.

ثانيا: تصرّف المضارب بإبضاع ربّ المال مال المضاربة:

إذا أراد المضارب أن يبضع ربّ المال شيئا من مال المضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز للمضارب أن يبضع ربّ المال شيئا من مال المضاربة مطلقا، فإن أبضعه شيئا من مال المضاربة فاشترى ربّ المال وباع فسدت المضاربة ولم يستحق المضارب من ربحه شيئا.

وإليه ذهب **زفر** من **الحنفية**.[٢]

القول الثاني: يجوز للمضارب أن يبضع ربّ المال شيئا من مال المضاربة مطلقا، فإن أبضعه شيئا من مال المضاربة فاشترى ربّ المال وباع فهو على المضاربة ولا تفسد به المضاربة والربح بينهما على الشرط.

وإليه ذهب **الحنفية**.[٣]

---

١ – القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ٦٤٦/٢.

٢ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٤/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢، ٣٤٥. البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨. زاده أفندي، نتائج الأفكار، ٤٧٥/٨. السرخسي، المبسوط، ٨٥/٢٢.

٣ – الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨، ٣٨٦. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ١١٧/٥.

القول الثالث: التفصيل: وقد ذهب إليه **المالكية** على النحو الآتي: [١]

١) يجوز للمضارب أن يبضع ربّ المال شيئا من مال المضاربة إن صح القصد منهما فيه، بأن يكون دفع المال إليه بضاعة وقيامه به على وجه المعروف والإحسان لصاحبه لإخاء وصداقة ومودة بينهما أو لسهولة مؤونة ذلك على ربّ المال، بحيث لو أن ربّ المال أبى ذلك لم يردّ العامل عليه ماله المجعول قراضا، فإن أمن أن يكون الإبضاع ليس لأجل بقاء القراض واستدامته فهو جائز لا بأس به.

٢) أما إذا كان القصد من إبضاع ربّ المال وقيامه به لأجل إبقاء القراض واستدامته، بحيث خيف أن يكون ربّ المال إنما صنع ذلك ليمسك العامل ماله ولا يرده عليه، فلا يجوز إبضاع ربّ المال عندئذ.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن ربّ المال يتصرّف في مال نفسه، فلا يصلح وكيلا فيه، لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره، وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه، بل يكون مستردا لماله، لأنه يملك عزله واسترداد ماله في أي وقت شاء إذا لم يتعلق به حقه، فصار كما إذا لم يسلمه إليه من الابتداء، أو كما إذا أخذه بنفسه من غير دفع المضارب إليه وهو ناض وكما إذا دفعه إليه مضاربة، وكما إذا شرط العمل عليه ابتداء، والجامع أن كل واحد منها يمنع التخلية ومن شرطه أن يكون المال مسلما إلى المضارب.[٢]

٢. لأن رده المال ودفعه إلى ربّ المال نقض منه للمضاربة، لأن رأس المال في المضاربة من جانب العامل عمله، ورب المال لا يجوز أن يكون عاملا في مال نفسه لغيره فكان ذلك بمنزلة نقض المضاربة.[٣]

٣. لأن المضاربة إجارة والأجير إذا استعان بالمؤجر، وفعله المؤجر لا يستحق الأجر كالخياط إذا استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الأجر عليه، لأن عمله لا يتحول إلى

---

١ – انظر: الكاندهلوي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، ط٣، ١٣٩٤هـ – ١٩٧٤م، ١١/٤٥١-٤٥٢.الباجي،المنتقى، ٧/١١٨،٧٩.ابن عبدالبر،الاستذكار، ٢١/١٧٦-١٧٨.

٢ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٨-٥٤٩. المرغيناني، الهداية، ٨/٤٧٤. العيني، البناية، ١٠/٨٧. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٩، ٣٤٥. زاده أفندي، نتائج الأفكار، ٨/٤٧٥-٤٧٦. البابرتي، العناية، ٨/٤٧٣-٤٧٤.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢٢/٨٥.

المستأجر فكذا هنا، لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب.[١]

اعتراض:

اعترض على ما استدل به أصحاب **القول الأول** آنفا بما يلي:

١. أما دعوى أن ربّ المال متصرّف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه، فاعترض عليها بأن التخلية قد تمت بتسليم المال إلى المضارب، وصار ربّ المال بعدها كالأجنبي عن المال فجاز توكيله.[٢]

٢. أما دعوى قياس إبضاع مال المضاربة لرب المال على حالة ما لو لم يسلمه إلى المضارب من ابتداء، وعلى حالة ما لو أخذه بنفسه من غير دفع المضارب إليه وهو ناض، وعلى حالة ما لو شرط العمل عليه ابتداء حيث تكون هذه الأمور مبطلة للمضاربة، بجامع أن كل واحد منها تمنع التخلية، فيمنع الإبضاع لهذا المعنى، فاعترض عليه بأن يد المضارب على المال ثابتة وأخذ ربّ المال للمال على وجه الإعانة لا على وجه الفسخ لا يكون مانعا من التخلية ولا مبطلا للمضاربة[٣]، لتمكن المضارب من استرداد المال منه متى شاء[٤]، كالراهن إذا استعار الرهن لا يكون فسخا للرهن، وذلك بخلاف ما إذا أخذه بنفسه من غير أن يدفع إليه المضارب، لأنه لا يمكن أن يجعل معينا هنا، لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة أنه يملك ذلك ويملك الاسترداد إذا كان المال ناضا، حتى لو كان عروضا وأخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لأنه لا يملك عزله في هذه الحالة، وبخلاف ما إذا لم يسلمه إليه ابتداء، حيث يكون ذلك مبطلا للمضاربة، لأنه يمنع التخلية فيخرج بها من أن تكون مضاربة[٥]، وبخلاف ما إذا شرط العمل على ربّ المال ابتداء لأنه شرط يمنع التخلية والتسليم شرط صحة المضاربة، فيخرج بها من أن تكون مضاربة، فيكون ذلك مبطلا للمضاربة.[٦]

٣. أما دعوى قياس دفع المال لرب المال بضاعة على دفع المال إليه مضاربة حيث لا يصح

---

١ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٩/٥. العيني، البناية، ٨٨/١٠.

٢ – البابرتي، العناية، ٤٧٤/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٥/٢.

٣ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٩/٥ السرخسي، المبسوط، ١٥٢/٢٢.

٤ – السرخسي، المبسوط، ١٥٢/٢٢.

٥ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٩/٥.

٦ – انظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٢/٥، ٥٤٩. المرغيناني، الهداية، ٤٧٤/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٩/٥.محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٤٥/٢. البابرتي، العناية، ٤٧٤/٨.

هنا فلا يصح هناك، فاعترض عليه بأن دفع المال إلى ربّ المال إبضاعا يفترق عن دفعه إليه مضاربة، وذلك لأن المضاربة عقد شركة على أن يكون المال من الدافع والعمل من المضارب ولا مال هاهنا للمضارب الدافع، فلو جاز مع ذلك يلزم قلب الموضوع وعكسه وهو تجويز المضاربة بدون المال[١]، كما يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فتخرج بها من أن تكون مضاربة[٢]، بخلاف البضاعة فإنها توكيل وليس المال من لوازمه، فإن الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له.[٣]

٤. أما دعوى أن إبضاع المال لرب المال هو نقض منه للمضاربة، فاعترض عليه بأنها دعوى منتفية هنا لأنه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته، لأنه صار مستعينا به على العمل، ومتى وقع العمل من ربّ المال إعانة لا يجعل هذا استردادا، فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب.[٤]

٥. أما دعوى أن المضاربة إجارة والأجير إذا استعان بالمؤجر، وفعله المؤجر لا يستحق الأجر فكذلك إبضاع ربّ المال، فاعترض عليه بأن المضاربة تفترق عن الإجارة، لأن المضاربة وإن كان فيها معنى الإجارة والشركة جميعا، إلا أن معنى الشركة أرجح بل هو المقصود، حتى جاز من غير توقيت وببعض ما يخرج من العمل، ولهذا لو عمل ولم يربح شيئا لم يستحق شيئا، ولهذا في الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه، ولو كانت المضاربة إجارة لاستحق الأجرة بالعمل، وإنما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه ربّ المال فرعا على المال، فإذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح ربّ المال معينا للمضارب، لأنه عامل فكان عمله ثابتا تقديرا، وبخلاف مسألة الأجير لأنها إجارة محضة، فلا يتصور أن يقع عمل المستأجر عن الأجير ولا يتحول له، إذ تسليم المنفعة أو العمل شرط في الإجارة[٥]،فإذا فعل فلا يستحق الأجرة، لأن المعقود عليه في باب الإجارة هو العمل فإذا لم يعمل لم يستحق الأجرة، أما هاهنا فالعمل غير معقود عليه ; لأن

---

١ – انظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٥/٥٤٩–٥٥٠. المرغيناني، الهداية، ٨/٤٧٤. العيني، البناية، ١٠/٨٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣٤٥. البابرتي، العناية، ٨/٤٧٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٨/٣٨٦.

٢ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٩.

٣ – البابرتي، العناية، ٨/٤٧٤.

٤ – الشلبي، حاشية الشلبي، ٥/٥٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٩.

٥ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٩. العيني، البناية، ١٠/٨٨.

المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح فافترقا.[١]

أدلة القول الثاني:

١. لأن الشرط الواجب هو التخلية بين المال وبين المضارب، وقد تحققت وتمت بتسليم المال إلى المضارب[٢]، والإبضاع استعانة، والاستعانة برب المال على العمل لا توجب خروج المال عن يد المضارب[٣]، ولا تعدم التخلية المستحقة لتمكن المضارب من استرداد المال منه متى شاء[٤]، فإن العمل إذا وقع من ربّ المال إعانة لا يجعل استردادا بخلاف ما إذا شرط عمل ربّ المال حال العقد فيفسد.[٥]

٢. لأن الإبضاع توكيل بالتصرّف، والتصرّف حق للمضارب، فيصح منه التوكيل، ورب المال صالح لذلك، إذ يجوز أن يكون وكيلا عن المضارب في التصرّف كما لو وكل أجنبيا[٦]، لأن ربّ المال بعد التخلية صار كالأجنبي عن المال فجاز توكيله.[٧]

٣. لأن الابضاع استعانة بالغير في التصرّف، ورب المال يصلح معينا للمضارب، لأنه لما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى، لكونه أشفق على المال.[٨]

٤. لأن ربّ المال معين للمضارب متبرع فيما أقام من العمل فلا يفسد به عقد المضاربة بينهما، كالشريكين في المال إذا عمل أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا.[٩]

اعتراض:

اعترض على ما استدل به أصحاب **القول الثاني** بأنه كيف يصح إضافة الأبضاع إلى المضارب، وإنما يصح ذلك إذا كان المال للمبضِع والعمل من الآخر، وليس للمبضع

---

١ – الشلبي، حاشية الشلبي، ٥/٥٢٢.

٢ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٨/٤٧٤. العيني، البناية، ١٠/٨٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٩، ٣٤٤–٣٤٥. البابرتي، العناية، ٨/٤٧٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٩.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١١٧.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٢٢/١٥٢.

٥ – محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٩.

٦ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٨/٤٧٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥/٥٤٩. العيني، البناية، ١٠/٨٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣١٩، ٣٤٥. البابرتي، العناية، ٨/٤٧٤. بتصرّف.

٧ – البابرتي، العناية، ٨/٤٧٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣٤٥.

٨ – البابرتي، العناية، ٨/٤٧٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٢/٣٤٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥/٥٤٨–٥٤٩.

٩ – السرخسي، المبسوط، ٢٢/٦٦.

(المضارب) هاهنا مال فكيف يتحقق الإبضاع؟[١]

رد الاعتراض:

وأجيب على الا**عتراض** السابق بأنه ليس المراد بالإبضاع هنا ما هو المتعارف من أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر، بل المراد به هو الدفع على وجه الاستعانة بالغير في التصرّف، فليس بشرط أن يكون المال ملكا للمبضع.[٢]

أدلة القول الثالث:

١. وجه جواز إبضاع ربّ المال إذا صح القصد بأن كان علة وجه المعروف: لأن ذلك تبرع وإحسان منه لصاحبه فجاز.[٣]

٢. وجه عدم جواز إبضاع ربّ المال إذا كان القصد منه إبقاء المضاربة واستدامتها: لأن ذلك من باب الهدية وجعل الإبضاع وسيلة لإبقاء القراض وذلك ممنوع ومما ينهى عنه أهل العلم.[٤]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** الذي أجاز للمضارب أن يبضع ربّ المال شيئا من مال المضاربة مطلقا، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول وما أوردوه من **اعتراض**ات على الأقوال الأخرى، والله تعالى أعلم.

المطلب الثاني: تصرّفات المضارب في عقود التوثيقات:

ومن عقود التوثيقات التي يمارسها المضارب في مال المضاربة: الرهن والارتهان، والحوالة أخذا وإعطاء.

الفرع الأول: تصرّف المضارب بالرهن والارتهان:

إذا أراد المضارب أن يرهن عينا من مال المضاربة مقابل دين أو ثمن مستحق على المضاربة، أو يرتهن عينا مقابل دين أو ثمن مستحق للمضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب، هل يملكه بمطلق العقد أو لا بد من إذن ربّ المال؟ على قولين:

القول الأول: يجوز للمضارب الرهن والارتهان بمطلق العقد مطلقا دون حاجة إلى إذن ربّ

---

١ – العيني، البناية، ٨٨/١٠. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٨/٥.

٢ – انظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٨/٥. العيني، البناية، ٨٨/١٠. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢، ٣٤٥.

٣ – الكاندهلوي، أوجز المسالك، ٤٥٢/١١.

٤ – انظر: الباجي، المنتقى، ١١٨/٧. الكاندهلوي، أوجز المسالك، ٤٥٢/١١.

المال.

وإليه ذهب **الحنفية**[١] **والحنابلة في الأصح**[٢] **والزيدية**[٣] **والأباضية.**[٤]

إلا أن **الأباضية** اشترطوا في حالة الرهن أن لا يرهن إلا كفاف الدين أي مقداره، فإن رهن أكثر فهو ضامن للفضل إن تلف الرهن.[٥]

القول الثاني: لا يجوز له الرهن والارتهان إلا بإذن ربّ المال فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **الحنابلة في وجه.**[٦]

وقد اكتفى أصحاب هذا القول لجواز ذلك بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا الإذن الخاص (التصريح)، فإن قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" جاز له الرهن والارتهان.[٧]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الرهن بالدين والارتهان من باب الإيفاء والاستيفاء، وهو يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان[٨]، إذ إن الإيفاء والاستيفاء من حقوق العقد وحقوق العقد راجعة إلى المضارب لأنه العاقد.

٢. لأن ذلك من صنيع التجار، والمضارب فيما هو من صنيع التجار بمنزلة المالك.[٩]

أدلة القول الثاني:

لم أجد فيما اطلعت عليه دليلا استدل به أصحاب **القول الثاني** هنا، لكن يمكن أن يستدل لهم بما أُستدل به في منع الشريك من الرهن والارتهان من الوجه الثاني **للحنابلة** من كون هذا التصرّف مشتملا على خطر بناء على أصلهم في أن ما جاز للشريك جاز للمضارب وما منع منه الشريك

---

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٦/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. السرخسي، المبسوط، ١٢٣/٢٢.

٢ – ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. الحجاوي، الإقناع، ٢٥٥/٢.

٣ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٤/١٠.

٥ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٤/١٠–٣٤٥.

٦ – ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١.

٧ – انظر: ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١.

٨ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥.انظر: لشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥. السرخسي، المبسوط، ١٢٣/٢٢.

٩ – انظر:السرخسي، المبسوط، ١٢٣/٢٢. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٦/٥

منع منه المضارب، والله تعالى أعلم.[١]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث يجوز للمضارب الرهن والارتهان بمطلق العقد مطلقا دون حاجة إلى إذن ربّ المال، وذلك ــ بالإضافة لما استدل به أصحاب **القول الثاني** ــ لأن الرهن والارتهان من متطلبات التجارة وعادة التجار، قد لا يستغني عنه التجار في تعاملهم مع بقية التجار، إذ هو وسيلة لزيادة الثقة بين المضارب وبين غيره من التجار، فرهن شيء من مال المضاربة بدين عليها يعطي التاجر الدائن اطمئنانا وثقة بسداد دينه، في حين ارتهان شيء للمدين بدين للمضاربة يحفز المدين لسداد الدين من أجل فك رهنه، وبذلك تحقق مصلحة للمضاربة ويؤدي إلى ازدهار تجارة المضاربة وتوسيعها، ولو منعنا المضارب منه لأدى إلى تضييق نطاق تجارة المضاربة، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تصرّف المضارب بالحوالة أخذاً وإعطاءً:

اختلف الفقهاء في جواز أن يحيل المضارب البائع أو الدائن بثمن أو دين على الشركة إلى آخر يستوفي منه الثمن أو الدين، وأن يقبل الحوالة من المشتري أو المدين بثمن أو دين للشركة إلى آخر يستوفي منه الثمن أو الدين، هل يملك ذلك بمطلق عقد المضاربة أم لا بد من إذن ربّ المال؟ على قولين:

القول الأول: يملك المضارب بمطلق العقد الحوالة أخذا وإعطاء فيجوز له أن يحيل ويحتال، دون حاجة إلى إذن ربّ المال بذلك.

وإليه ذهب **الحنفية**[٢] **والحنابلة**.[٣]

وقد صرح **الحنفية** بأن هذا الحكم لا يختلف بين كون المحال عليه موسرا مليئا أو معسرا، فيجوز له أن يقبل الحوالة بالثمن ولو على معسر[٤]، لأن التجار قد يقبلون التعامل مع معسر

---

١ – انظر وجه منع الشريك من الرهن والارتهان: ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٠/٢. ابن مفلح، المبدع، ١١/٥. التنوخي، الممتع، ٣٨٨/٣.

٢ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢. البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨. العيني، البناية، ٨٣/١٠، ٨٤. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٧/٥.

٣ – ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧.

٤ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٧٢/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢. البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨. العيني، البناية، ٨٣/١٠. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٧/٥.

موثوق به، ويفضلون التعامل معه عن موسر مماطل[١] ولم يصرح **الحنابلة** بذلك بل أطلقوا الحكم بجواز أن يحيل ويحتال دون أن يفصلوا في ذلك.[٢]

القول الثاني: لا يجوز له أن يقبل الحوالة بالثمن أو الدين إلا بإذن ربّ المال له بذلك.

وإليه ذهب **المالكية**.[٣]

وعليه فإن خالف فقبل الحوالة بالثمن أو الدين على غير المشتري بغير إذن ربّ المال ضمن، فإذا كان الثمن مؤجلا ضمن قيمنه يوم البيع إذا تلف، وإذا كان الثمن نقدا حالا ضمن الثمن بعينه.[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن الحوالة من عادة التجار ومتعارفة بينهم وهم محتاجون إليها، لأن الوصول إلى الدين قد يكون أيسر من ذمة المحال عليه منه من ذمة المحيل بخلاف الوصي إذا احتال بمال اليتيم حيث لا يجوز له ذلك لأن تصرّفه مقيد بشرط الأصلح والأحسن، في حين أن تصرّف المضارب غير مقيد بمثله بل بما هو من صنع التجار عادة وذلك يوجد في الحوالة هنا.[٥]

٢. لأنه لو أقال العقد مع الأول، ثم باعه بمثله من المحتال عليه جاز، فكذلك إذا قبل الحوالة بالثمن عليه.[٦]

أدلة القول الثاني:

قياسا على البيع بالدين، فكما لا يجوز البيع بالدين بغير إذن ربّ المال فكذلك لا يجوز له أن يحتال بالثمن إلى أجل بغير إذن ربّ المال أيضا.[٧]

---

١ – طموم، المضاربة، ص٦٢.

٢ – انظر: ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٦/٧.

٣ – القرافي، الذخيرة، ٧٣/٦-٧٤. الإمام مالك، المدونة الكبرى، ١٢٢/١٢.

٤ – القرافي، الذخيرة، ٧٣/٦-٧٤. الإمام مالك، المدونة الكبرى، ١٢٢/١٢.

٥ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. العيني، البناية، ٨٣/١٠. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٦ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢. وانظر: البابرتي، العناية، ٤٧٣/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٧/٥.

٧ – الإمام مالك، المدونة الكبرى، ١٢٢/١٢.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القــول الأول** حيث يجوز تصرّف المضارب بالحوالة إعطاء وأخذا أي يحيل ويقبل الحوالة بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن ربّ المال، لوجود المصلحة في ذلك لكونه وسيلة للاستيفاء، ولأن حاجة التجارة داعية إليه سيما مع ما يــصحبها مــن الــسفر والرحلة ومفارقة العملاء،ولأنه أيضا جرت به عادة التجار وعرفهم، ولأن في اشتراط إذن ربّ المال لجواز ذلك تحجيرا وتضييقا لتصرّف المضارب في تنميته للمال، لكن ينبغي أن يقيد جواز قبول المضارب للحوالة على المعسر بأن تتحقق مصلحة للمضاربة من وراء ذلك، كأن يكــون المدين مماطلا أو يكون قد سافر سفرا طويلا فيحال بالثمن على المعسر لوجود فائدة عندئذ، فإن لم يكن في ذلك مصلحة للمضاربة فإن تصرّفه ذاك لا يعدو تصرّفا لا جدوى منه، إذ لا فائــدة ولا مصلحة من قبول الحوالة بالثمن عليه عندئذ، فالدائن لا يتبع إلا الذمة المليئة لكي يــستوفي دينه، وهنا الذمة معسرة فما الفائدة من الإحالة عليه؟ والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: تصرّفات المضارب في عقود الحفظ(تصرّف المضارب بالإيداع):

ومن عقود الحفظ التي يمارسها المضارب في مال المضاربة الإيداع، فإذا أراد المضارب إيداع بعض مال المضاربة أو جميعه عند آخر، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد من إذن ربّ المال؟ على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمضارب إيداع مال المضاربة إلا بإذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الحنابلة في رواية.**(١)

وعلى هذه الرواية **للحنابلة** لا يشترط التصريح في الإذن المجيز للإيداع بل يكفي فيه أن يكون عاما.(٢)

القول الثاني: يجوز للمضارب الإيداع بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الحنفية**(٣) **والمالكية**(١) **والحنابلة في الصحيح**(٢) **والزيدية**(٣) **والأباضية.**(٤)

---

١ – ابن مفلح، الفروع، ٨٧/٧. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. المرداوي، تــصحيح الفــروع، ٨٧/٧. وقال ابن تيمية: وهذا أصح الوجهين. انظر: المحرر والتصحيح نفس الصفحات.

٢ – انظر: ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١.

٣ – المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨، ٤٧٢. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨.. الكاســاني، بــدائع الــصنائع، ١٢٢/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٣/٥–٥٢٤. ابن عابدين، رد المحتــار، ٣٧٣/٨، ٣٧٧. البــابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. السرخسي، المبسوط، ٣٨/٢٢، ٩٩، ١٣٢،١٤٤. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢

إلا أن غير **الحنفية** من الفقهاء ــ وهم **المالكية والحنابلة والزيدية والأباضية** ــ قيــدوا جــواز الإيداع هنا بوجود حاجة تدعو إلى إيداع مال المضاربة كسفره ونزوله في بلد أو مكان لا أمــن فيه يخاف فيه من ضياع المال أو سرقته، أو خراب المنزل أو المكان الذي فيه مال المــضاربة أو كونه ليس حرزا ونحو ذلك، فلا يجد المضارب حينئذ بدا من إيداع المال عند أمــين، فــإن ضاع بعد ذلك فلا ضمان عليه، أما إن أودع المال دون حاجة أو عذر يتطلب منه ذلك ضمن ما أودعه لكونه متعديا بتسليم المال إلى غيره وإخراجه عن يده من غير حاجة تدعو إليه.(٥)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لما في الإيداع من تعريض المال للضياع.(٦)

أدلة القول الثاني:

١. لأن الإيداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة.(٧)

٢. لأن حكم الإيداع دون حكم المضاربة فيتضمنه.(٨)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، وذلك لأنه لما كان يجوز للمضارب أن يستأجر من يحفظ مال المضاربة، فلأن يكون له أن يودع ليحفظ المودَع بغير أجر أولى، كما أن عــادة التجار دأبت على ذلك، بل العرف التجاري بين التجار في زماننا جرى علــى إيــداع أمــوال تجارتهم في المصارف والبنوك، وعدم الاحتفاظ بها في مكان العمل إلا بالقليل منها وخاصة مع

---

١ – القاضي عبدالوهاب، الإشراف، ٦٤٦/٢. القرافي، الذخيرة، ٦٧/٦.

٢ – المرداوي، تصحيح الفروع، ٨٧/٧. ابن مفلح، الفروع، ٨٧/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣.

٣ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٣٣/١٠، ٣٤٤.

٥ – انظر: القاضي عبدالوهاب، الإشراف، ٦٤٦/٢. القرافي، الذخيرة، ٦٧/٦. المرداوي، تــصحيح الفــروع، ٨٧/٧. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. أطفيش، شرح النيل، ٣٣٣/١٠.

٦ – الطبعة التمهيدية للموسوعة الفقهية الكويتية، ص٤٨.

٧ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٢/٥. وانظر: الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨. البابرتي، العناية، ٤٥٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٤/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨.

٨ – المرغيناني، الهداية، ٤٥٤/٨. البابرتي، العناية، ٤٥٤/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٧/٥.

توسع التجارات وضخامة حجم المبالغ النقدية وانتشار السرقات وفساد الذمم وتفشي الخيانة، فليس من الحكمة تركها في محل العمل أو منزل التاجر، فتقتضي المصلحة إيداعها في المصارف والبنوك لحفظها، حيث الأمان والسهولة والسرعة في الإيداع والسحب وتوثيق ذلك بأوراق رسمية تكفل حق التاجر في هذه الأموال فلا محظور يخشى منه غالبا من الإيداع فيها، ودعوى أن الإيداع تغرير بالمال وتعريضه للضياع هي دعوى غير مسلم بها، بل الإيداع سبيل لحفظ المال وصيانته من الضياع والسرقات، كما أميل إلى ما ذهب إليه غير **الحنفية** من تقييد الجواز بما تدعو إليه الحاجة ومراعيا في تصرّفه بذلك ما تقتضيه مصلحة مال المضاربة وبحسب ما يسمح به العرف التجاري السائد حتى لا يكون تصرّف الشريك مجردا عن أي مصلحة للمضاربة، إذ إن تصرّفه في المال منوط بما يحقق المصلحة للمضاربة، فإذا خلى تصرّفه منها كان تصرّفا عبثيا لا ينبغي أن يوقعه شخص في مال غيره، فإن أودع لغير حاجة ضمن ما أودع عند التلف أو الضياع أو الجحود، كما ينبغي مع جواز الإيداع للمضارب ألا يودع مال المضاربة إلا عند أمين ثقة مؤتمن، فإن أودع عند من ليس بأمين ولا ثقة وهو يعلم حاله فإنه يضمن لتفريطه حينئذ، والله تعالى أعلم.

<u>المطلب الرابع: تصرّفات المضارب في عقود المشاركات:</u>

ومن عقود المشاركات التي يمارسها المضارب: المشاركة والمضاربة، وعليه فقد يكون تصرّفه بتلك العقود في ذات مال المضاربة بأن يشارك بمالها أو يضارب به، وقد يكون تصرّفه بها خارج مال المضاربة ولكن تمسه من قريب أو بعيد بأن يأخذ من أجنبي مالا يضارب به إلى جانب عمله في المضاربة الأولى، ويمكن بحث ذلك في المحاور التالية:

<u>الفرع الأول: تصرّف المضارب بأخذ مال أجنبي مضاربة:</u>

إذا أخذ المضارب مالا من أجنبي ليضارب به ويتجر إلى جانب مضاربته الأولى، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب، هل يملكه بمطلق العقد؟ أم يحتاج ذلك إلى إذن ربّ المال؟ على ثلاثة أقوال:

<u>القول الأول:</u> يجوز للمضارب أن يضارب بمال آخر لأجنبي بغير إذن ربّ المال وتكون المضاربة الثانية صحيحة.

وإليه ذهب **الشافعية**.[1]

<u>القول الثاني:</u> يجوز للمضارب أن يأخذ مال آخر أجنبي يضارب به بغير إذن ربّ المال إذا لم يكن فيه ضرر بالمضاربة الأولى بأن كان العمل في المضاربة الثانية لا يشغله عن العمل في

---

١ – العمراني، البيان، ٧/٢٢٤.

المضاربة الأولى لقلة المال واحتماله للعمل فيهما معا، فإن كان في أخذه للمضاربة الثانية ضرر بالمضاربة الأولى بأن كان العمل في المضاربة الثانية يشغله عن العمل في المضاربة الأولى لكون المال كثيرا يستوعب زمانه، فلا يجوز للمضارب عندئذ أن يأخذ مال أجنبي مضاربة إلا بإذن ربّ المال في المضاربة الأولى، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **المالكية**[١] **والحنابلة في الصحيح وهو المذهب**[٢] **والجعفرية** [٣] **والأباضية**.[٤]

وعليه فيختص المضارب بنصيبه من ربح المضاربة الثانية ولا يشاركه ربّ المال فيها في حالة عدم الضرر وحالة الضرر مع وجود الإذن.[٥]

أما في حالة وجود الضرر وعدم إذن ربّ المال بذلك إن خالف المضارب فأخذ مالا من أجنبي يضارب به، وعطل العمل في المضاربة الأولى وانشغل عنها بالعمل في المضاربة الثانية، فقد تباينت آراء أصحاب هذا القول في الأثر المترتب على هذا المخالفة، وهي كما يلي:

فقد ذهب **المالكية** إلى أن المضارب يكون بذلك ضامنا لما يحصل للمال في المضاربة الأولى من تلف أو ضيعة أو نزول أسواق أو فساد ونحو ذلك، فيضمن لرب المال رأس ماله، وهل يضمن له قدر ما فاته من الربح؟ **للمالكية** في ذلك قولان: أحدهما: أنه يضمن له ويغرم قدر ما حرمه من الربح، والمشهور من المذهب: أنه ليس عليه شيء سوى رأس المال[٦]، وبالتالي فيختص المضارب وحده بحصته من ربح المضاربة الثانية ولا يشاركه فيها ربّ المال.

أما **الحنابلة** فالمذهب عندهم: أنه يردّ نصيبه من ربح المضاربة الثانية ويضمه إلى ربح المضاربة الأولى فيقتسمانه هو ورب المال الأول، لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول فكان بينهما كربح المال الأول، وأما حصة ربّ المال الثاني من الربح فتدفع إليه لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق ربّ المال الثاني، إلا أن القياس عندهم —

---

١ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٧١/٧. الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٨/٥. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٥/٢. القرافي، الذخيرة، ٢٧/٦. الحطاب، مواهب الجليل، ٤٥٧/٧. المواق، التاج والإكليل، ٤٤٩/٧، ٤٥٧.

٢ – المرداوي، الإنصاف، ٤٣٧/٥. ابن قدامة، المغني، ١٥٩/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٧/٢. ابن مفلح، المبدع، ٢٦/٥. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٥/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣١/٢-٣٣٢.

٣ – الكركي، جامع المقاصد، ١١٩/٨. الحلي، قواعد الأحكام، ١١٩/٨.

٤ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٤/١٠-٣٦٥، ٣٦٦. البطاشي، غاية المأمول، ١٠٥/٦.

٥ – البهوتي، كشاف القناع، ٥١٥/٣-٥١٦.

٦ – انظر: الحطّاب، مواهب الجليل، ٤٥٧/٧-٤٥٨. العدوي، حاشية العدوي، ١٧٠/٧.

وهو ما اختاره بعض **الحنابلة** ـ أن ربّ المال في المضاربة الأولى لا يستحق من ربح الثانية شيئا، لأنه إنما يستحق بمال أو عمل، وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل، وتعدي المضارب إنما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الأول، وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجّر نفسه أو ترك التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك، ولو أوجب عوضا لأوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني.[١]

أما **الجعفرية** فالمضارب عندهم يختص بحصته من ربح المضاربة الثانية ولا يشاركه فيها ربّ المال، لان المنفعة غير مملوكة لرب المال، ولأن استحقاق الربح في المضاربة إما بالمال أو العمل وكلاهما منتف هنا.[٢]

أما عند **الأباضية** فيكون المضارب ضامنا لما يتولد عن تصرّفه من تلف للمال الاول[٣]، وبالتالي فلا يشارك ربّ المال المضارب في حصته من ربح المضاربة الثانية بل يختص المضارب بها وحده.

<u>القول الثالث:</u> إن شرط ربّ المال للمضارب نفقة فلا يجوز للمضارب عندئذ أن يأخذ لغيره مضاربة وإن لم يتضرر بذلك ربّ المال.

وإليه ذهب **الحنابلة في قول.**[٤]

<u>عرض الأدلة:</u>

<u>أدلة القول الأول:</u>

لأن هذا عقد جائز، فلا يمنع العقدَ مع المعقود معه كالوكالة [٥] لأن المضاربة عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك.[٦]

---

١ – انظر: المرداوي، الإنصاف، ٥/٤٣٧–٤٣٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣/٥٢٧–٥٢٨. ابن قدامة، المغني، ٧/١٦٠البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥١٥. ابن مفلح، المبدع، ٥/٢٦. الزركشي، شرح الزركشي، ٤/١٣٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٢/٣٣٢. التنوخي، الممتع، ٣/٤٠٢. ابن مفلح، الفروع، ٧/٩٠–٩١. بتصرّف.

٢ – الكركي، جامع المقاصد، ٨/١٢٠. الحلي، قواعد الأحكام، ٨/١١٩.

٣ – أطفيش، شرح النيل، ١٠/٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦.

٤ – المرداوي، الإنصاف، ٥/٤٣٧. ابن قدامة، المغني، ٧/١٦١. ابن مفلح، الفروع، ٧/٩١. البهوتي، كشاف القناع، ٣/٥١٦. ابن قائد، حاشية المنتهى، ٣/٢٨.

٥ – العمراني، البيان، ٧/٢٢٤.

٦ – ابن قدامة، المغني، ٧/١٦٠. ابن مفلح، المبدع، ٥/٢٦.

اعتراض:

اعترض على ما استدل به أصحاب **القول الأول** بأنه وإن لم يكن ربّ المال يملك منافع المضارب كلها إلا أنه يتعين صرفها في العمل للقراض الأول بمقتضى العقد، ولهذا لا يجوز له ترك المال بغير عمل ولا التقصير عن العمل الذي جرت به العادة.[١]

أدلة القول الثاني:

أ. وجه جواز أخذ مضاربة أخرى إذا لم يكن فيها ضرر على الأولى:

١. لانتفاء الضرر، لأن المانع الضرر ولا ضرر هنا.[٢]

٢. لأن المضارب مالك لمنافع نفسه[٣]، فعقد المضاربة لا يقتضي ملك كل منافع العامل، وإنما الذي ملك عليه فعل ما فيه حظ ونحوه.[٤]

ب. وجه عدم جواز أخذ مضاربة أخرى إذا كان فيها ضرر وتشغله عن الأولى:

لأن مقصود المضاربة هو طلب الحظ والنماء للمال وعليه انعقدت المضاربة، ومع وجود الضرر لا حظ ولا نماء في ذلك فيمتنع به مقصود المضاربة، وإذا فعل المضارب ما يمنع مقصود المضاربة لم يجز له، كما لو أراد التصرّف بخلاف المصلحة كالبيع بالغين.[٥]

ج. وجه جواز أخذ مضاربة أخرى إذا أذن له ربّ المال بذلك مع وجود الضرر بالأولى:

لأن الحق في ذلك له فجاز بإذنه.[٦]

أدلة القول الثالث:

لأنه إذا اشترط النفقة فقد صار أجيرا له فلا يضارب لغيره.[٧]

---

١ – الكركي، جامع المقاصد، ١١٩/٨.

٢ – انظر: التنوخي، الممتع، ٤٠٢/٣. البهوتي، كشاف القناع، ٥١٦/٣.

٣ – القرافي، الذخيرة، ٢٧/٦.

٤ – انظر: التنوخي، الممتع، ٤٠٢/٣. الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٥/٤. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٧/٢.

٥ – انظر: الزركشي، شرح الزركشي، ١٣٥/٤. ابن قدامة، المغني، ١٦٠/٧. الكركي، جامع المقاصد، ١١٩/٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٧/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٣٢/٢. التنوخي، الممتع، ٤٠٢/٣. ابن مفلح، المبدع، ٢٦/٥.

٦ – ابن قدامة، الكافي، ٢٧٨/٢.

٧ – المرداوي، الإنصاف، ٤٣٧/٥. ابن مفلح، الفروع، ٩١/٧. ابن قدامة، المغني، ١٦١/٧.

<u>الرأي المختار:</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب **القول الثاني**، أما إذا خالف المضارب في حالة وجود الضرر فأخذ مال أجنبي مضاربة بغير إذن ربّ المال فأميل إلى ما ذهب إليه **المالكية في المشهور والجعفرية والأباضية والقياس عند الحنابلة** حيث يكون المضارب بذلك ضامنا لما يحصل لرأس المال الأول من تلف أو ضياع أو نزول سوق ونحوه، ولا يغرم ما فاته من الربح، ويختص المضارب وحده بحصته من ربح المضاربة الثانية دون ربّ المال، وليس لرب المال أن يشاركه فيها، وذلك لأن ربّ المال لو استحق شيئا من ذلك الربح فإنما يستحقه بالعمل أو المال وهما منتفيان هنا فليس له في المضاربة الثانية عمل ولا مال، كما أن تعدي المضارب بترك العمل في المضاربة الأولى وانشغاله بالثانية لا ينفي اختصاص المضارب بالربح ولا يوجب لرب المال عوضا في ذلك، لأن ربّ المال لم يملك المنفعة حتى يجب له عوضا بفواتها، ولو أوجب عوضا لأوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني، والله تعالى أعلم.

<u>الفرع الثاني: تصرّف المضارب بمشاركة أجنبي بمال المضاربة:</u>

إذا أراد المضارب أن يشارك أجنبيا بمال المضاربة أو بجزء منه شركة عنان، بأن يتعاقد معه على أن يدفع الأجنبي مالا ويدفع المضارب بدوره بعض مال المضاربة أو كله لتكوين رأس المال المشترك للشركة على أن يعملا فيه بأبدانهما والربح بينهما، **فلا خلاف بين الفقهاء** في أنه لا يجوز للمضارب أن يشارك غيره ببعض مال المضاربة أو كله إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز، وإن لم يأذن لم يجز.[١]

واكتفى **الحنفية** لجواز مشاركة المضارب لغيره بمال المضاربة بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا التصريح والتنصيص في الإذن، فإن قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" جاز له أن يشارك غيره بمال المضاربة، لأن إثبات الشركة في مال المضاربة وإن لم يكن داخلا تحت مطلق عقد المضاربة، إلا انه يحتمل أن يلحق به عند وجود الدلالة، لكونه وجها وطريقا في تثمير المال وزيادته، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك

---

١ – انظر: الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨–٣٧٨. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢–٤٠. المرغيناني، الهداية، ٤٥٤/٨، ٤٧٢. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥–٢٤٥، ٥٢٧. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨١٥/٢. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٥٤/٧، ١٦٦. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٢/٣. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٣٩١/٦، ٤٠٠. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٨٦/٥، ٢٩٥. المواق، التاج والإكليل، ٤٤٩/٧، ٤٥٥. القرافي، الذخيرة، ٦٧/٦..

دلالة على ذلك، لأنه بهذا القول قد فوض الأمر في هذا المال إلى رأيه على العموم، والمراد منه التعميم فيما هو من صنع التجار عادة، والشركة بالمال من عادة التجار وصنيعهم، فيدخل تحت هذا القول.(١)

وعليه فإن أذن له ربّ المال بالمشاركة بمال المضاربة فشارك المضارب غيره شركة عنان فربح، يقسّم الربح بينهما على الشرط لأن الشرط قد صح، فإذا قسّم الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب مع الربح يستوفي منها ربّ المال رأس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط.(٢)

وعليه فإن خالف المضارب فشارك غيره ببعض مال المضاربة أو كله شركة عنان بغير إذن ربّ المال صحت الشركة ويضمن وحده ما يحصل في المال من تلف أو خسارة لتعديه، فإن سلم المال وربح كان الربح بينهما على ما شرطا ابتداء كما لو كان ذلك بأذن ربّ المال، هذا ما صرّح به **الحنفية والمالكية**(٣)، إلا أن ابن القاسم من **المالكية** قيد الضمان هنا بما إذا كان شريك المضارب ــ أي الأجنبي الذي شاركه ــ يغيب على شيء من المال فعندئذ يضمن المضارب، فإن لم يغب على شيء منه لم يضمن ما تلف.(٤)

وجه الاتفاق:

١. لأن الشيء لا يتضمن ما هو فوقه، والشركة أعم من المضاربة وفوقها(٥)، لأنها شركة في أصل المال(٦) فلا تتضمنها.

---

١ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٧/٥، ٥٤٧. المرغيناني، الهداية، ٤٥٤/٨، ٤٧٢-٤٧٣. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢-٤٠، ١٠٢. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥-٥٢٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢..

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥.

٣ – انظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥. العيني، البناية، ٥٣/١٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧، ١٦٧-١٦٨. القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨١٥/٢. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠١/٦-٤٠٢.

٤ – انظر: الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. القرافي، الذخيرة، ٦٨/٦-٦٩. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٣/٣.

٥ – الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥. وانظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٣/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢.

٦ – ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢.

٢. لأن ربّ المال إنما رضي بشركته لا بشركة غيره [١]، ورضي بأمانته في المال وكون المال في يده ولم يأذن له في تسليمه إلى غيره.[٢]

٣. لأن دفع مال المضاربة شركة إلى غيره أمر عارض وزائد على ما تقوم به التجارة، ولا تتوقف عليه التجارة، لعدم العرف بذلك بين التجار فلا يدخل تحت مطلق العقد.[٣]

الفرع الثالث: تصرّف المضارب بمضاربة أجنبي بمال المضاربة:

إذا أراد المضارب مضاربة أجنبي بمال المضاربة أو بجزء منه، بأن يتعاقد معه على أن يدفع إلى الأجنبي بعض مال المضاربة أو كله على أن يعمل المضارب الثاني فيه ويتجر ببدنه وحده والربح بينهما، فهل يجوز له مثل هذا التصرّف بمطلق العقد أم لا بد من إذن ربّ المال بذلك؟ وما هو الأثر المترتب على ذلك التصرّف من الضمان وقسمة ربح المضاربة الثانية؟ ويمكن مناقشة ذلك في المحاور التالية:

أولا: حكم تصرّف المضارب بمضاربة أجنبي بمال المضاربة:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يجوز للمضارب أن يدفع بعض مال المضاربة أو كله إلى أجنبي مضاربة إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا فلا.[٤]

---

١ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥، ٥٢٧. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢.

٢ – القاضي عبد الوهاب، المعونة، ٨١٥/٢.وانظر: القرافي، الذخيرة، ٦٧/٦. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٣/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦.

٣ – العيني، البناية، ٨٥/١٠. وانظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢.

٤ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨، ٤٧٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٦/٥، ٥٤٧. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢، ٩٨. الحصكفي، الدر المختار، ٣٧٧/٨–٣٧٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٣/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥–٥٢٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٥/٧. القرافي، الذخيرة، ٢٥/٦، ٦٩، ٩٢. الباجي، المنتقى، ١٠٥/٧. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٤/٥–٢٩٥. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٣/٣. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٢/٢، ١٧٤. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. الرافعي، العزيز، ٢٧/٦. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٦/٧. الشيرازي، المهذب، ٤٨٠/٣. البغوي، التهذيب، ٣٩٢/٤. العمراني، البيان، ٢٠٤/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥. النووي، روضة الطالبين، ١٣٢/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢. المرداوي، الإنصاف، ٤٣٨/٥. ابن قدامة، المغني، ١٥٦/٧، ١٥٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢. ابن تيمية، المحرر في الفقه،

وعليه فقد اكتفى **الحنفية والحنابلة والزيدية** لجواز مضاربة المضارب لغيره بمال المضاربة بالإذن العام (التفويض) ولم يشترطوا التصريح والتنصيص في الإذن، فإن قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" جاز له أن يضارب غيره بمال المضاربة، لأن إثبات الشركة في مال المضاربة بدفعه إلى غيره مضاربة،وإن لم يكن داخلا تحت مطلق عقد المضاربة، إلا انه يحتمل أن يلحق به عند وجود الدلالة، لكونه وجها وطريقا في تثمير المال وزيادته ونوعا من التصرّف يجلب الفائدة، فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك، لأنه بهذا القول قد فوض الأمر في هذا المال إلى رأيه على العموم، والمراد منه التعميم فيما هو من صنع التجار عادة، والمضاربة بالمال من عادة التجار وصنيعهم، فيدخل تحت هذا القول.[1]

في حين اشترط **الشافعية** لجواز ذلك الإذن الصريح من ربّ المال، أما الإذن العام (التفويض) فلا يكفي عندهم لجواز ذلك، لأن قوله: "اعمل برأيك" يقتضي أن يكون عمله موكولا إلى رأيه، فإذا قارض به كان العمل لغيره، ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز وإن كان ذلك من رأيه لعدوله عن عمله إلى عمل غيره فكذلك إذا قارض ببعضه، فكان لا بد من إذن صريح صحيح من ربّ المال[2]، وهذا أيضا احتمال عند **الحنابلة** لأن قوله "اعمل برأيك" يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه.[3]

إلا أنه مع إذن ربّ المال بذلك فيجب على المضارب ــ عند عدم النعيين ــ أن يراعي فيمن يدفع إليه المال مضاربة أن يكون من ذوي الأمانة والخبرة، فلا يضارب إلا خبيرا أمينا، فإن ضارب أمينا غير خبير بالتجارة لم يجز، وإن ضارب خبيرا بالتجارة غير أمين لم يجز، حتى يجتمع الشرطان فيه الخبرة والأمانة، فإن كان ربّ المال عين له شخصا يضاربه لم يجز أن

٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٨٨/٧. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٣٠/٢. الحلي، قواعد الأحكام، ٥٨/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٥٨/٨. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٣/١٠، ٣٦٤-٣٦٥.

١ - انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٦/٥، ٥٢٧، ٥٤٧. المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨، ٤٥٤، ٤٧٢-٤٧٣. السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢-٤٠، ١٠٢. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٤/٥-٥٢٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٣/٥، ١٣٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٦/٢. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧-٩٠. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٢ - الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٦/٧.

٣ - ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧.

يعدل عنه إلى غيره.[١]

وجه الاتفاق:

١. لمنع العرف من ذلك[٢]، إذ لم يجري العرف به، والمضاربة تنعقد على عادة التجار وعرفهم.

٢. لأن هذا يوجب في المال حقا لغيره، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه[٣] فهو يوجب للثاني شركة في ربح مال ربّ المال، ورب المال ما رضي إلا شركته، فليس له أن يكسب سبب الشركة للغير فيه.[٤]

٣. لأنه بالدفع مضاربة سوى غيره بنفسه في حق الغير وهو لا يملك ذلك كالوكيل بالبيع مطلقا لا يوكل به غيره.[٥]

٤. لأن ربّ المال رضي بشركته هو وتصرّفه ونظره وأمانته، ولم يرض بشركة غيره ولا نظره ولا تصرّفه ولا أمانته، لأن العمل في القراض مبني على الأمانة وقد لا يرضى ربّ المال بالثاني.[٦]

٥. لأن المضاربة مثل المضاربة والشيء لا يستتبع ولا يتضمن مثله لتساويهما في القوة، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا[٧]، بخلاف الإجارة والإعارة حيث تضمنت هذه العقود أمثالها فإن للمستأجر له أن يؤجر وللمستعير أن يعير، لأنهم يتصرّفون بحكم **المالكية** لا بحكم النيابة، فالمستأجر والمستعير ملكا المنفعة، في حين أن المضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه أو

---

١ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٩/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢.

٢ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٥٦/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢، ٩٨.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٣٩/٢٢، ٩٨.

٦ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٦/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢٠/٢. العدوي، حاشية العدوي، ١٦٦/٧. القرافي، الذخيرة، ٦٩/٦. العمراني، البيان، ٢٠٤/٧.

٧ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٣/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٥٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٦/٥.

التفويض المطلق إليه.[١]

ثانيا: وجوب الضمان عند التعدي بمضاربة أجنبي بغير إذن:

ويمكن بحث مسالة الضمان عند مخالفة المضارب بالمضاربة بمال المضاربة في المحاور التالية:

١) **حكم وجوب الضمان عند المخالفة:**

إن خالف المضارب فدفع مال المضاربة مضاربة إلى آخر بغير إذن ربّ المال **فلا خلاف بين الفقهاء** في أن ذلك التصرّف من المضارب يوجب الضمان لما يحصل من تلف أو خسران للمال في يد الثاني بغير تعد منه، فإن كان المال باقيا ولم يتلف ولم يظهر فيه ربح وجب رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه.[٢]

٢) **تحقق التعدي الموجب للضمان:**

من المتفق عليه عند الفقهاء أن التعدي الموجب للضمان لا يتحقق بمجرد العقد لأنه مجرد قول في ملك الغير ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان ولذا لا يضمن الفضولي بمجرد العقد إذا باع ملك غيره.[٣]

إلا أن الفقهاء اختلفوا بعد ذلك فيما يتحقق به التعدي الموجب للضمان على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يتحقق التعدي بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني عمل أو لم يعمل، فإذا دفعه إليه فتلف في أي وقت بعد هذا الدفع وجب الضمان ولو هلك قبل العمل .

---

١ – انظر: محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٢٦/٥–٥٢٧. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨ .

٢ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨–٤٦٣. البابرتي، العناية، ٤٦٢/٨–٤٦٣. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨١/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. ابن رشد، بداية المجتهد ٢٤٢/٢.الباجي، المنتقى، ١٠٥/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٣/٣. البغوي، التهذيب، ٣٩٢/٤. العمراني، البيان، ٢٠٤/٧، ٢٠٦. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٧/٧، ٣٣٨. ابن قدامة، المغني، ١٥٦/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣، ٥٢٠. البحراني، مفلح الصُّيمَري، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ط١، تحقيق جعفر الكوثري العاملي، دار الهادي، بيروت، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م ، ٢٥٩/٢–٢٦٠. الحلي، قواعد الأحكام، ٥٨/٨. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٥/١٠، ٣٦٧.

٣ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥.الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. الطبعة التمهيدية للموسوعة الكويتية، ص٥١–٥٢.

وإليه ذهب **أبو يوسف في رواية وزفر**[١] **والشافعية**[٢] **والحنابلة**[٣]**والزيدية.**[٤]

القول الثاني: لا يتحقق التعدي الموجب للضمان إلا بعمل المضارب الثاني وتصرّفه في المال ربح أو لم يربح، فإذا عمل الثاني صار الأول مخالفا وصار المال مضمونا عليه إذا تلف ولو لم يربح، فإذا ضاع المال أو هلك في يد الثاني قبل أن يعمل فلا ضمان ويهلك أمانة.

وإليه ذهب **أبو يوسف في رواية** ومحمد، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة.[٥]

وعليه فإذا دفع المضارب المال مضاربة وعمل الثاني، ثبت الضمان مستندا إلى وقت الدفع أي بأثر رجعي.[٦]

القول الثالث: لا يتحقق التعدي الموجب للضمان إلا إذا ربح المضارب الثاني، فإذا عمل به وربح كان ضامنا لما يتلف حين ربح، وإن عمل في المال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه.

وإليه ذهب أبو حنفية **في رواية.**[٧]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لأن المضارب الأول أمين، وقد خالف بالدفع إلى غيره على وجه المضاربة، فكان كل واحد منهما ضامنا الأول بالدفع والثاني بالأخذ، لأن كلا منهما متعدياً كالمودع إذا أودع الوديعة بغير

---

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٦١/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥. البابرتي، العناية، ٤٦١/٨. السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥.

٢ – البغوي، التهذيب، ٣٩٢/٤.

٣ – ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢.

٤ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٦١/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥. البابرتي، العناية، ٤٦١/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٦/٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨١/٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨١/٨. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٦/٧. السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣١/٢.

٦ – الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٣٧/٥.

٧ – المرغيناني، الهداية، ٤٦١/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥. السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. البابرتي، العناية، ٤٦١/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣١/٢.

إذن صاحبه.[١]

اعتراض:

اعترض على الاستدلال السابق بأنه لا سبيل إلى التضمين بالدفع لأن الدفع ليس إلا مجرد إيداع منه، والمضارب يملك إيداع مال المضاربة فلا يكون مخالفا بفعله، فـلا يـضمن بالـدفع، لأن الضمان إنما يجب بالمخالفة والمخالفة لم تحقق منه بذلك.[٢]

رد الاعتراض:

وأجيب على ال**اعتراض** السابق بأن المملوك للمضارب هو الدفع على وجه الإيداع، وهذا الدفع على وجه المضاربة لا على وجه الإيداع فلا يملكه، فإذا دفع فقد وقعت منه المخالفة فضمن.[٣]

أدلة القول الثاني:

١. لأنه لما عمل فقد تصرّف في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجـب الضمان سواء ربح أو لم يربح[٤]، بخلاف الدفع حيث لا يضمن به، لأن دفعه إلى الثـاني ليس إلا مجرد إيداع منه وهو يملك إيداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع.[٥]

٢. لأن الربح إنما حصل بالعمل، فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصول الـربح فـي صيرورة المال به مضمونا عليهما، بخلاف مجرد الدفع فهو ليس سببا لحصول الربح ليقام مقام حصوله.[٦]

اعتراض:

اعترض على الاستدلال السابق بأنه لا سبيل إلى التضمن بالعمل ما لم يربح، لأن عمل الثـاني قبل الربح هو بمنزلة الإبضاع والتوكيل، والمضارب يملك ذلك فلا يكون مخالفـا بفعلـه، فـلا

---

١ –انظر: السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥.

٢ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٦١/٨–٤٦٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥–٥٣٧. المرغينـاني، الهدايـة، ٤٦١/٨، ٤٦٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. السرخسي، المبـسوط، ٩٩/٢٢. الحـصكفي، الـدر المختار، ٣٨١/٨.

٣ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٦١/٨. البابرتي، العناية، ٤٦١/٨.

٤ – انظر: الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٣٧/٥. محمد أفندي، قرة عيـون الأخيـار، ٣٣٢/٢. الكاسـاني، بـدائع الصنائع، ١٣٤/٥.

٥ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. وانظر: الحصكفي، الدر المختار، ٣٨١/٨. الشلبي، حاشـية الـشلبي، ٥٣٨/٥. السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. المرغيناني، الهداية، ٤٦١/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٦/٥–٥٣٧.

٦ – السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣١/٢.

ضمان عليه، لأن الضمان إنما يجب بالمخالفة والمخالفة لم تحقق منه بذلك، ولا تظهر المخالفة إلا بظهور الربح.[١]

<u>رد الاعتراض:</u>

وأجيب على ال**اعتراض** السابق بأنه لم يعمل مجانا حتى يكون مستبضعا، بل عمل على طمع الأجر، وهو ما شرط له من الربح، فتحصل المخالفة بمجرد العمل فيوجد سبب الضمان.[٢]

<u>أدلة القول الثالث:</u>

لأنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مخالفا بإشراك الغير في ربح مال ربّ المال، وفي ذلك إتلاف للمال معنى فوجب الضمان كما لو خلطه بمال غيره، وإذا لم يحصل ربح لم تتحقق المخالفة فلا يضمن، بخلاف الدفع والعمل فلا تحقق المخالفة الموجبة للضمان بهما، لأن الدفع قبل العمل والتصرّف إيداع وبعده إبضاع وتوكيل، والمضارب يملك هذه التصرّفات بمطلق العقد فلا يكون مخالفا بفعلها، والضمان إنما يجب بالمخالفة والمخالفة لم تحقق منه بذلك فلا يضمن.[٣]

<u>الرأي المختار:</u>

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح ما ذهب إليه الجمهور وهو القول الأول**، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، والله تعالى أعلم.

٣) <u>المسؤول عن الضمان:</u>

إذا تحقق التعدي من المضارب الأول، فتلف المال أو خسر في يد الثاني بغير تعد منه، ، فقد اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه الضمان من المضاربين، على قولين:

<u>القول الأول:</u> يضمن المضارب الأول ولا ضمان على الثاني.

وإليه ذهب **الحنفية في قول**[٤] **والمالكية**[١] **والأباضية.**[٢]

---

١ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٦١/٨–٤٦٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥. السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢.

٢ – محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٢/٢.

٣ – انظر: البابرتي، العناية، ٤٦١/٨–٤٦٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨. السرخسي، المبسوط، ٩٩/٢٢. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣١/٢.

٤ – المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥. البابرتي، العناية، ٤٦٢/٨.

القول الثاني: إذا وجب الضمان كان ربّ المال بالخيار في تضمين أي المضاربين شاء ؛ فإن شاء ضمن المضارب الأول، وإن شاء ضمن المضارب الثاني.

وإليه ذهب **الحنفية في المشهور من المذهب**(٣)**والشافعية**(٤)**والحنابلة**(٥) **والجعفرية**.(٦)

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن المضارب الأول هو المتعدي هنا بدفع المال إلى غيره بغير إذن فلزمه الضمان بذلك التعدي.(٧)

٢. قياسا على المودَع إذا أودع، فكما لا يضمن مودَع المودَع تلف الوديعة ـ على أصل أبي حنيفة ـ فكذلك لا يضمن المضارب الثاني تلف مال المضاربة، بل ضمان ذلك على الأول.(٨)

أدلة القول الثاني:

١. لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد من المضاربين، فكلاهما متعد وغاصب؛ الأول متعد بدفع المال إلى غيره بغير إذن ربّ المال على غير الوجه الذي رضي به، والثاني

---

١ – الباجي، المنتقى، ١٠٥/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٣/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٥/٧. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٣/٣. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٤/٢.

٢ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٥/١٠.

٣ – المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨–٤٦٣. البابرتي، العناية، ٤٦٢/٨–٤٦٣. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨١/٨. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨١/٨. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٦/٧. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٧/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٢/٢.

٤ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٧/٧، ٣٣٨. العمراني، البيان، ٢٠٦/٧.

٥ – ابن قدامة، المغني، ١٥٦/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٢٠/٣. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢.

٦ – البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢–٢٦٠. الحلي، قواعد الأحكام، ٥٨/٨.

٧ – الباجي، المنتقى، ١٠٥/٧. وانظر: أطفيش، شرح النيل، ٣٦٥/١٠. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧.

٨ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥.

متعد بقبض مال الغير بغير إذن صاحبه، فكان الضمان على كل منهما.[١]

٢. قياسا على المودَع إذا أودع، فكما يضمن كل من المودَع ومودَع المودَع تلف الوديعة ـ على أصل أبي يوسف ومحمد ـ فكذلك يضمن كل من المضارب الأول والثاني تلف مال المضاربة.[٢]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، والله تعالى أعلم.

ثالثا: قسمة ربح المضاربة الثانية:

إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى أجنبي مضاربة فعمل المضارب الثاني في المال فربح، فلمن يكون الربح وكيف يقسم؟ لذلك حالتين فإما أن يكون الدفع بإذن ربّ المال أو بغير إذنه:

الحالة الاولى: قسمة ربح المضاربة الثانية عند وجود الإذن:

إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى أجنبي مضاربة بإذن ربّ المال، فعمل المضارب الثاني في المال فربح، فقد اختلف الفقهاء في قسمة الربح بين ربّ المال والمضاربين الأول والثاني على أربعة أقوال:

القول الأول: يكون الربح بين ربّ المال والمضارب الثاني، فيأخذ الثاني ما شرطه والباقي لرب المال، وليس للمضارب الأول شيء منه مطلقا إذ لا عبرة به أصلا.

وإليه ذهب **المالكية**.[٣]

القول الثاني: إن ضارب المضارب غيره بمال المضاربة بإذن ربّ المال، فلا يخلو ذلك من أن يكون المضارب الأول اشترط لنفسه جزءا من الربح أو لا، فإن اشترط لنفسه ذلك لم تصح المضاربة وكانت فاسدة، والربح كله لرب المال ولا شيء منه للمضاربين، وللمضارب الثاني أجرة المثل على ربّ المال، وإن لم يشرط الأول لنفسه شيئا من الربح وشرط الربح بين ربّ المال والمضارب الثاني صحت المضاربة الثانية، وكان الربح مقسوما بين ربّ المال والثاني بحسب الشرط ولا شيء للمضارب الأول.

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٢/٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٧/٧، ٣٣٨. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٦٢/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥.

٣ – الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦. العدوي، حاشية العدوي، ١٦٦/٧.

وإليه ذهب **الشافعية**[١] **والجعفرية**.[٢]

القول الثالث: إن قسمة الربح تختلف بين كون الإذن الممنوح للمضارب إذنا عاما (التفويض) وبين كونه إذنا خاصا (التصريح)؛ فإذا كان الإذن عاما كأن قال له: "اعمل برأيك" فيكون الربح بين ربّ المال والمضارب الأول والثاني بحسب ما شرط لكل واحد منهم، أما إن كان الإذن خاصا وصريحا كأن قال له: " أذنتك في دفعه مضاربة " فإن الربح يكون عندئذ بين ربّ المال والمضارب الثاني ولا شيء منه للمضارب الأول، حتى لو انه شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح.

وإليه ذهب **الحنابلة**.[٣]

القول الرابع: إن الربح يكون بين ربّ المال والمضارب الأول والثاني بحسب ما شرط لكل واحد منهم عند العقد على تفصيل في كيفية تقسيمه سيأتي.

وإليه ذهب **الحنفية**[٤] **والزيدية**[٥] **والأباضية**.[٦]

أما كيفية تقسيم الربح بين ربّ المال والمضارب الأول والثاني بحسب الشرط ففيه تفصيل على النحو التالي: [٧]

أ. إذا أضيف الربح في عقد المضاربة الأولى إلى المضارب ــ كأن قال له ربّ المال: ما

---

١ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٠/٧. الرافعي، العزيز، ٢٧/٦. البغوي، التهذيب، ٣٩٢/٤. العمراني، البيان، ٢٠٤/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥.

٢ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٣٠/٢. الحلي، قواعد الأحكام، ٥٨/٨. النجفي، جواهر الكلام، ٣٩٢/٢٦.

٣ – ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٤/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣– ٥١٩. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٦/٢.

٤ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٥/٥–١٣٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٨/٥–٥٤٠. المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨–٤٦٤. السرخسي، المبسوط، ١٠٢/٢٢، ١٠٣–١٠٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٣/٢–٣٣٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٦/٧–٢٦٧. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٢/٨.

٥ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠.

٧ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٥/٥–١٣٦. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٨/٥–٥٤٠. المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨–٤٦٤. السرخسي، المبسوط، ١٠٢/٢٢، ١٠٣–١٠٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٣/٢–٣٣٤. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٦/٧–٢٦٧. الحصكفي، الدر المختار، ٣٨٢/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٤٠/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٢/٨. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣. أطفيش، شرح النيل، ٣٦٧/١٠. بتصرّف.

ربحت من شيء أو ما رزقك الله أو أطعمك الله من ربح فهو بيننا بنسبة كذا ــ فإن الربح المتحصل من المضاربة الثانية يقسّم أولا بين المضارب الأول والمضارب الثاني على ما تشارطا، ثم بعد حساب نصيب المضارب الثاني من الربح يقسّم ما بقي منه بعد ذلك بين ربّ المال وبين المضارب الأول على ما تشارطاه أيضا، لأن الشرط بينهما كان مضافا إلى ما يربحه ويحصل للأول من ربح، وهذا الباقي هو ما ربحه المضارب الأول أو ما رزقه الله من ربح بواسطة المضارب الثاني.

ب. إذا أطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضفه إلى المضارب ــ كأن قال ربّ المال: والربح أو ما رزق الله أو ما أطعم الله من ربح بيننا بنسبة كذا ــ يقسّم الربح أولا بين ربّ المال والمضارب الأول، فيستوفي ربّ المال نصيبه من الربح كما لو لم يكن المضارب الثاني موجودا بتاتا، لأنه إنما أضاف النسبة إلى جميع الربح فينصرف نصيبه إليه لا إلى ما خص المضارب الأول منه فيكون لرب المال نصيبه وشرطه من الجميع، ثم بعد ذلك يستوفي المضارب الثاني ما شرط له من نصيب الأول لا من نصيب ربّ المال، لأنه ليس للأول أن ينقص من نصيب ربّ المال شيئا ولا أن يوجب شيئا منه لغيره، لأن ربّ المال لم يرض لنفسه بأقل مما شرط له، فينصرف المشروط للثاني إلى نصيب الأول خاصة كأحد الشريكين في العبد إذا باع ثلثه، فإن وفّى نصيب الأول من الربح بنصيب الثاني ولم يبق منه شيء فلا شيء للأول حينئذ، لأنه شرط له جميع ما يملكه ويستحقه الأول من الربح وجعله لغيره وهو جائز، لأنه مالك لنصيبه من الربح بالعقد الأول، وبالتالي فينصرف شرط الأول للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء، ويصير كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير غيره ليخيط له هذا الثوب بدرهم، وإن بقي منه بعد ذلك شيء فيكون للمضارب الأول، لأنه شرط للثاني بعض ما يملكه الأول ويستحقه فجاز شرطه للثاني ويكون الباقي للأول، لأنه لم يجعله للثاني فبقي له بالعقد الأول، ويطيب له ذلك لأن عمل المضارب الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه كمن استأجر إنسانا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بنصف درهم، وإن لم يفِ نصيب الأول بنصيب الثاني، بأن كان نصيب الثاني أكثر من نصيب الأول، فعلى الأول ضمان الزيادة للثاني، لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال، إذ ليس له أن يغير شرطه ولا أن يوجب شيئا لغيره من نصيب المالك، إلا أن شرطه للثاني في حقه صحيح لكونه معلوما في عقد يملكه، فينفذ على نفسه ويرجع الثاني بذلك عليه، لأنه غرّ المضارب الثاني في

ضمن عقد، وضمن له ما لا يسلم له إذ الغرور في العقود من أسباب وجــوب الــضمان، وصار كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من يخيطه بدرهم ونصف أنه يضمن زيادة الأجرة كذا هذا.

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

لم أقف فيما اطلعت عليه على أدلة للقول الأول، والله تعالى أعلم.

أدلة القول الثاني:

١. وجه كون الربح لرب المال ولا شيء منه للمضارب الأول والثاني إذا شرط الأول لنفسه جزءاً من الربح: لأن ربح القراض موزع على المال والعمل، وهو وكيل ليس له مال ولا عمل، وإيقاع عقد القراض ليس من أعمال التجارة التي شرع بعض الربح عوضا عنهــا، فلا يكون له في الربح حق، ولا يصح اشتراط شيء منه لكون شرط الربح لغير المالــك والعامل ممتنع، فكان شرطه هذا منافيا للعقد فبطل، وصار الثاني مضاربا في قراض فاسد فوجب أن يكون الربح كله لرب المال وعليه للعامل أجرة مثله لجواز مقارضته وإنما بطل العقد لفساد الشرط، فاستحق الأجرة لأنه لم يعمل مجانا.[١]

٢. وجه كون الربح بين ربّ المال والمضارب الثاني بحسب الشرط ولا شيء منه للمضارب الأول إذا لم يشرط الاول لنفسه جزء من الربح: لأنه إن قارض غيره بإذن كــان وكــيلا لرب المال في عقد القراض معه، وخرج من أن يكون عاملا فيه، وسبق عقد القراض معه لا ينافي ذلك، بل لا يقتضي فساده، لعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عن وقــوع عقــد القراض عليه في صحة الثاني، فإن جعل الربح فيه بين المال والعامل الثاني فيــه ولــم يشترط لنفسه شيئا منه صح القراض الثاني، وكان الربح مقسوما بينهما على الشرط.[٢]

اعتراض:

اعترض على دعوى بأنه لا عمل ولا مال للمضارب الأول فلا يستحق شيئا من الربح، بأنهــا

---

١ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٠/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥. النجفي، جواهر الكــلام، ٣٩٢/٢٦. الرافعي، العزيز، ٢٧/٦. الحلي، قواعد الأحكام، ٥٨/٨. المحقق الحلــي، شــرائع الإســلام، ١٣٠/٢. بتصرّف.

٢ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٠/٧. النجفي، جواهر الكلام، ٣٩٢/٢٦. الرافعي، العزيــز، ٢٧/٦. بتصرّف.

دعوى منتفية لأن العقد الذي ابرمه المضارب الأول مع الثاني هو عمل أيضا.[١]

رد الاعتراض:

أجيب على ال**اعتراض** السابق بأن ذلك ليس من أعمال المضاربة، لأن أعمالها التجارة بالمال لا المعاملة عليه.[٢]

أدلة القول الثالث:

لأنه إذا كان الإذن عاما بأن قال له: "اعمل برأيك" فإن المضارب الدافع حينئذ يبقى مضاربا، لأنه قبض المال هنا مضاربة، وحصل منه عمل بعد ذلك بدفعه إلى غيره، فيستحق شرطه من الربح مع ربّ المال والمضارب الثاني، بخلاف ما أذن له إذنا خاصا بأن قال " أذنتك في دفعه مضاربة" حيث تصح المضاربة الثانية والمقول له ـ أي المضارب الأول ـ وكيل لرب المال في عقدها، ويخرج عن كونه مضاربا ولا شيء له من الربح ويصير الثاني هو المضارب، حتى إنه لو شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح لأنه وكيل ليس من جهته مال ولا عمل والربح إنما يستحق بواحد منهما.[٣]

أدلة القول الرابع:

١. وجه استحقاق ربّ المال لنصيبه في الربح: لأن ربّ المال يستحقه بالمال، لأنه نماء ملكه.[٤]
٢. وجه استحقاق المضارب الثاني لنصيبه في الربح: لأنه يستحقه بعمله في المال المدفوع إليه، لأن دفع الأول المال إليه صحيح، لوجود الإذن به من جهة ربّ المال، فكان ما شرطه له الأول من الربح صحيحا مأذونا له فيه فيستحقه.[٥]
٣. وجه استحقاق المضارب الأول لنصيبه في الربح:

أ. لأنه يستحقه بمباشرته العقدين وإن لم يعمل بنفسه شيئا، كما لو أبضع المال مع غيره أو أبضعه ربّ المال له حتى ربح، كان نصيب المضارب من الربح طيبا له، وإن لم

---

١ – انظر: ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥. الكركي، جامع المقاصد، ٥٨/٨.

٢ – الكركي، جامع المقاصد، ٥٨/٨.

٣ – انظر: ابن قائد، حاشية المنتهى، ٢٤/٣. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣– ٥١٩. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. ابن قدامة، المغني، ١٥٨/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٦/٢.

٤ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٩/٥.

٥ – انظر: الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٨/٥–٥٣٩. المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨، ٤٦٤. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٣/٢، ٣٣٤. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٥/٥. السرخسي، المبسوط، ١٠٢/٢٢.

يعمل بنفسه شيئا.[١]

ب. لأن عمل المضارب الثاني وقع له، فكأنه عمل بنفسه، فصار كالأجير المشترك إذا استأجر آخر للعمل بأقل مما استؤجر، كأن استأجره شخص على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بنصف درهم، طاب له الفضل، لأن عمل أجيره وقع له، فكأنه عمل بنفسه كذا هذا.[٢]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الرابع** حيث يكون الربح بين ربّ المال والمضارب الأول والثاني بحسب ما شرط لكل واحد منهم عند العقد على التفصيل الذي ذكره **الحنفية** في كيفية تقسيمه بين الثلاثة، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول والله تعالى أعلم.

الحالة الثانية: قسمة ربح المضاربة الثانية عند عدم وجود الإذن:

إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى أجنبي مضاربة بغير إذن ربّ المال، فعمل المضارب الثاني في المال فربح، فقد اختلف الفقهاء في قسمة الربح بين ربّ المال والمضاربين الأول والثاني وتعددت أراؤهم وتشعبت وتباينت في ذلك بشكل كبير، ويمكن حصر تلك الآراء في ثمانية أقوال:

القول الأول: إن الربح يكون بين المضارب الأول والثاني على ما شرطا ولا شيء لرب المال، إلا أنه لا يطيب للمضارب الأول نصيبه من ذلك الربح فيكون سبيله التصدق، بينما يطيب للثاني نصيبه.

وإليه ذهب **الحنفية**.[٣]

القول الثاني: لا شيء للمضارب الأول من ربح المضاربة الثانية، وإنما الربح بين المضارب الثاني ورب المال بحسب ما اشترط لكل واحد منهما.

---

١ – السرخسي، المبسوط، ١٠٢/٢٢. وانظر: البابرتي، العناية، ٤٦٣/٨–٤٦٤. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٩/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٦/٧. المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨–٤٦٤. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨٢/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٣/٢.

٣ – المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥–٥٣٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٨١/٨. البابرتي، العناية، ٤٦٣/٨. السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٢، ١٠٠. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٢/٢–٣٣٣. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٦/٧. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥، ١٣٥.

وإليه ذهب **المالكية** [١] **والأباضية.** [٢]

<u>القول الثالث:</u> إن الربح كله للمضارب الأول ولا شيء منه لرب المال ولا للمضارب الثاني، ويجب للمضارب الثاني أجرة المثل على المضارب الأول.

وإليه ذهب **الشافعية في الأصح في الجديد من المذهب.** [٣]

<u>القول الرابع:</u> إن الربح كله للمضارب الثاني ولا شيء منه لرب المال ولا للمضارب الأول.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه** في الجديد من المذهب[٤] **والحنابلة في وجه**[٥] **وهو احتمال عند الجعفرية.** [٦]

<u>القول الخامس:</u> إن جميع الربح لرب المال ولا شيء منه للمضارب الأول ولا للمضارب الثاني، سواء كان الشراء بعين المال أو في الذمة.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه في القديم من المذهب**[٧] **والحنابلة في الصحيح**[٨] **والجعفرية في قول.** [٩]

<u>القول السادس:</u> إن الربح يكون بين ربّ المال والمضاربين الأول والثاني على أساس أن يكون لرب المال ما شرطه من الربح، ويكون الباقي بين المضارب الأول والثاني على شرطهما.

---

١ - انظر: الدردير، الشرح الكبير، ٢٩٥/٥-٢٩٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧- ١٦٨. الباجي، المنتقى، ١٠٥/٧-١٠٦. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠٠/٦-٤٠١. الصاوي، بلغة السالك، ٤٤٣/٣. الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٣/٣-٤٤٤. المواق، التاج والإكليل، ٤٥٥/٧.

٢ - أطفيش، شرح النيل، ٣٦٥/١٠-٣٦٦.

٣ - الرافعي، العزيز، ٢٧/٦، ٢٩. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. البغوي، التهذيب، ٣٩٣/٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٠/٥.

٤ - الرافعي، العزيز، ٢٧/٦، ٢٩. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. البغوي، التهذيب، ٣٩٣/٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٨/٧، ٣٣٩. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٠/٥.

٥ - ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧. المرداوي، الإنصاف، ٤٣٨/٥. وجعل ابن قدامة هذا الوجه احتمالا في المغني والكافي. انظر: ابن قدامة، المغني، ١٥٧/٧. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٦/٢.

٦ - الحلي، قواعد الأحكام، ٦١/٨. الكركي، جامع المقاصد، ٦١/٨، ٦٢.

٧ - الرافعي، العزيز، ٢٩/٦. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٧/٧، ٣٣٩.

٨ - المرداوي، الإنصاف، ٤٣٨/٥.الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. ابن قدامة، المغني، ١٥٧/٧.

٩ - الحلي، قواعد الأحكام، ٦٠/٨. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٣٠/٢. البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢. الكركي، جامع المقاصد، ٦١/٨،٦٠.

وإليه ذهب **الشافعية في الأصح في القديم من المذهب**[١] **والجعفرية في قول**[٢]، **وبه قال القاضي أبو يعلى من فقهاء الحنابلة.**[٣]

<u>**القول السابع:**</u> إن الربح يكون بين ربّ المال والمضارب الأول على أساس أن يكون لرب المال ما شرطه من الربح، ويكون الباقي كله للمضارب الأول ولا شيء منه للمضارب الثاني، وللثاني أجرة مثل عمله على المضارب الأول، فإن كان عقدت المضاربة على المناصفة بين ربّ المال والمضارب الأول، فإن نصف الربح لرب المال، والنصف الآخر منه كله للمضارب الأول، ولا شيء منه للمضارب الثاني.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه في القديم من المذهب** [٤] **والجعفرية في قول.**[٥]

<u>القول الثامن:</u> إن الربح يكون بين ربّ المال والمضارب الثاني على أساس أن يكون لرب المال ما شرطه من الربح، ويكون الباقي كله للمضارب الثاني ولا شيء منه للمضارب الأول.

وإليه ذهب **الشافعية في وجه في القديم من المذهب** [٦] **والجعفرية في المعتمد.**[٧]

<u>**عرض الأدلة:**</u>

<u>**أدلة القول الأول:**</u>

١. <u>وجه كون الربح بين المضارب الأول والثاني</u>: لصحة المضاربة بين المضارب الأول والمضارب الثاني فيكون الربح بينهما على ما شرطا، وذلك لأنه لما تقرر الضمان على

---

١ – الرافعي، العزيز، ٦/٢٧، ٢٩، ٣٠. النووي، روضة الطالبين، ٥/١٣٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٤٠٥. البغوي، التهذيب، ٤/٣٩٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩. الشيرازي، المهذب، ٣/٤٨٠. العمراني، البيان، ٧/٢٠٥. الغزالي، الوسيط، ٤/١١٩.

٢ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ٢/١٣٠. البحراني، غاية المرام، ٢/ ٢٥٩. الحلي، قواعد الأحكام، ٨/٦١. الكركي، جامع المقاصد، ٨/٦١، ٦٢.

٣ – ابن قدامة، المغني، ٧/١٥٧. البغلي، حاشية ابن قندس، ٧/٨٨. المرداوي، الإنصاف، ٥/٤٣٨. وقال ابن قدامة معلقا على قول القاضي: "وليس هذا موافقا لأصول المذهب ولا لنص أحمد" انظر: المغني نفس الصفحة.

٤ – الرافعي، العزيز، ٦/٢٩، ٣٠. النووي، روضة الطالبين، ٥/١٣٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٧/٣٣٨، ٣٣٩. العمراني، البيان، ٧/٢٠٦.

٥ – المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ٢/١٣٠. البحراني، غاية المرام، ٢/٢٥٩.

٦ – النووي، روضة الطالبين، ٥/١٣٣. الرافعي، العزيز، ٦/٢٩، ٣٠.

٧ – البحراني، غاية المرام، ٢/٢٥٩.

الأول ــ سواء كان تضمينه ابتداء أو بطريق تضمين الثاني ــ فقد ملك المال المضمون ملكا مستندا إلى وقت التعدي بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به ربه، وصار كأنه دفع مال نفسه مضاربة إلى الثاني، فيكون الربح على ما شرطا، لأن الشرط قد صح لصحة المضاربة.[١]

٢. وجه كون نصيب الثاني طيبا والأول غير طيب: يطيب للثاني ما ربح لأنه يستحقه بالعمل ولا خبث أو خطر في عمله، في حين لا يطيب للأول لأنه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا بأداء الضمان أي إن الملك في رأس المال إنما حصل له بالضمان، فلا يخلو عن شبهة نوع خبث فيكون سبيله التصدق، لأن الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه، فلا يثبت الملك من كل وجه، فيتمكن الخبث في الربح فلا يطيب.[٢]

أدلة القول الثاني:

١. لأن القراض جعل لا يستحق إلا بتمام العمل، والعامل الأول لم يعمل فلا ربح له.[٣]

٢. لتعدي المضارب الأول بدفع المال للثاني بلا إذن من ربه فلا شيء له من الربح[٤]، لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح، فعوقب بنقيض قصده، ولأنا لو قلنا: الربح للعامل بتعديه، لكان ذلك حاملا له على التعدي ليستقل بالربح.[٥]

أدلة القول الثالث:

١. وجه كون الربح للمضارب الأول وحده دون غيره: لأن الربح للغاصب لا للمغصوب منه ــ بناء على الجديد من مذهب **الشافعية** ــ والعامل الأول هو الغاصب لمقارضته غيره بغير إذن، فيكون الربح له لأنه هو الذي عقد العقد له، وهو الذي يقع التصرّف في المال

---

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٤/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٧/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٢/٢–٣٣٣. المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨. السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٢.

٢ – انظر: محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٣٣/٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٥/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٣٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٣٨/٥. البابرتي، العناية، ٤٦٣/٨. المرغيناني، الهداية، ٤٦٣/٨.

٣ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٦/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٥/٥. وانظر: المواق، التاج والإكليل، ٤٥٥/٧. القرافي، الذخيرة، ٩١/٦.

٤ – انظر: الدردير، الشرح الصغير، ٤٤٣/٣. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٦٨/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٠١/٦.

٥ – الحطّاب، مواهب الجليل، ٤٥٥/٧–٤٥٦.

له[١]، إذ إن العامل الثاني لم يشتر أو يتصرّف لنفسه وإنما اشترى وتصرّف للأول بإذنه، فكان كالوكيل من جهته، وصار الأول كأنه هو المشتري، وبالتالي يكون الربح له وحده.[٢]

٢. وجه استحقاق المضارب الثاني أجرة المثل دون نصيبه من الربح: لأن شراءه كان في قراض فاسد، والعامل في القراض الفاسد لا يملك ربحه وإن فسد قراضه، لأنه اشتراه لغيره وإنما يستحق بفساد العقد أجرة مثله لأنه لم يعمل مجانا، فصار كمن استأجر أجيرا ليصيد له ويحتش إجارة فاسدة فصاد واحتش كان الصيد والحشيش للمستأجر دون الأجير لأنه فعل ذلك لمستأجره لا لنفسه ويرجع عليه بأجرة مثله.[٣]

أدلة القول الرابع:

١. لأن الربح للغاصب لا للمغصوب منه ــ بناء على الجديد من مذهب **الشافعية** ــ والمضارب الثاني متصرّف في المال بغير إذن المالك، إذ إن الإذن له بالتصرّف في المال صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل، فكان شبيها بالغاصب، فيكون الربح له كما يكون للغاصب في غير القراض.[٤]

٢. لأنه إذا صار الربح تبعا للعمل وبطل أن يكون تبعا للمال، وجب أن يكون للثاني الذي له العمل دون الأول الذي ليس له عمل.[٥]

٣. لان الشراء إذا كان في الذمة ولم يذكر المشتري احدا فإنه يقع له ــ اي للمضارب الثاني ــ فيستحق الربح كله، لأنه ربح فيما اشتراه في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره.[٦]

---

١ – انظر: الرافعي، العزيز، ٢٧،٣٠/٦. البغوي، التهذيب، ٣٩٣/٤. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٧/٧. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢. بتصرّف.

٢ – انظر: البغوي، التهذيب، ٣٩٣/٤. الشيرازي، المهذب، ٤٨١/٣. الغزالي، الوسيط، ١٢٠/٤. الرافعي، العزيز، ٢٩/٦. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. العمراني، البيان، ٢٠٦/٧. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٠/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٣/٢.

٣ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٩/٧. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٣٩/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢. الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٠/٥. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٣/٢.

٤ – انظر: الرملي، نهاية المحتاج، ٢٣٠/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٥/٢. البغوي، التهذيب، ٣٩٣/٤. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٨١/٣. الرافعي، العزيز، ٢٧،٢٩،٣٠/٦. الهيتمي، تحفة المحتاج، ٤٢٣/٢. العمراني، البيان، ٢٠٦/٧.

٥ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٨/٧.

٦ – انظر: الكركي، جامع المقاصد، ٦٢/٨. ابن قدامة، المغني، ١٥٧/٧. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٨/٧.

أدلة القول الخامس:

١. وجه استحقاق ربّ المال لجميع الربح:

أ. لأنه نماء ماله فكان له.(١)

ب. لأنه ربح مال مغصوب فأشبه المغصوب من غير المقارضة، والربح في المغصوب للمغصوب منه ــ بناء على القديم من مذهب **الشافعية** ــ فكذلك في المقارضة يكون جميع الربح للمالك.(٢)

٢. وجه عدم استحقاق المضارب الأول لشيء من الربح: لأن المضارب الأول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منهما.(٣)

٣. وجه عدم استحقاق المضارب الثاني لشيء من الربح: (٤)

أ. لأن العامل الثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه إليه الغاصب مضاربة.

ب. لأنه إذا لم يستحق له ربّ المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

أدلة القول السادس:

١. لأن تتبع التصرّفات وإبطالها عسير والمصلحة توجب اتباع الشرط، فيكون لرب المال ما شرط له، وليس له أكثر من ذلك، لأن ربّ المال في هذا الموضع دفع المال راضيا بما شرط له من ربحه وجاعلا الباقي منه لغيره فلذلك لم يستحق منه إلا ذلك، ويكون هذا النصيب من الربح المستحق لرب المال في حق العاملين بمنزلة التالف أو المستهلك، وينحصر الربح بالنسبة إليهما في الباقي حيث يقسّم بينهما على شرطهما، لأنه لما جرى على العامل الأول حكم القراض مع ربّ المال جرى على العامل الأول حكم القراض مع العامل الثاني، فصار الباقي بينهما على الشرط، وذلك بخلاف حالة الغصب حيث لم تجر

---

١ – ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢.

٢ – انظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٧/٧. الرافعي، العزيز، ٢٨/٦، ٢٩. النووي، روضة الطالبين، ١٣٢/٥، ١٣٣.

٣ – ابن قدامة، المغني، ١٥٧/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. وانظر: البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ١٣٠/٢.

٤ – ابن قدامة، المغني، ١٥٧/٧–١٥٨. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. وانظر: البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٥/٢.

مشارطة ولا مراضاة من ربّ المال فـصرف إليـه جميـع الـربح لطمـع الغـصاب والخائنين.[١]

٢. لأنه اشترى للمضاربة فوجب ان يقع الشراء لها على حكمها، فيكـون للمالـك النـصف والنصف الآخر بين الأول والثاني.[٢]

أدلة القول السابع:

١. وجه استحقاق ربّ المال لنصيبه المشروط من الربح: لأن ربّ المال في هذا الموضع دفع المال راضيا بما شرط له من ربحه وجاعلا نصفه الباقي لغيره ودخل على ذلك، فلذلك لم يستحق منه إلا نصيبه المشروط، بخلاف المأخوذ غصبا محضا حيث يصرف الكل إلـى المالك قطعا لطمع الغصاب والخائنين، لانه لم يوجد منه الرضى.[٣]

٢. وجه استحقاق المضارب الأول لنصيبه المشروط من الربح: لأن عمل العامل الثاني وبيعه وشراؤه إنما وقع للعامل الأول،ولذلك وجب عليه أجرة المثل للثاني، وبها صار عمله الذي قد عمله للأول الذي كان قد وقع القراض معه، فيستحق حينئذ ما شرط له، وهو البـاقي لأنه هو ما شرطه له المالك، إذ ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمـل بنفـسه ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه وبأجرة ونحو ذلك.[٤]

٣. وجه عدم استحقاق المضارب الثاني لنصيبه المشروط من الربح: لأن المضاربة مع الثاني فاسدة والشرط لا يثبت مع الفاسد[٥]، لأن ما وقع منه من الشراء والبيع كان بإذن العامـل الأول، إذ إنه أوقعه بعنوان أنه مقارض، وقد بان فساده، وفساد القراض يقتـضي فـساد الإذن الحاصل من العامل، فلا يتبع شرطه.[٦]

٤. وجه استحقاق المضارب الثاني لأجرة المثل على عمله: لأن ما وقع منه من الشراء والبيع

---

١ – انظر: الرافعي، العزيز، ٢٧/٦، ٢٩. الغزالي، الوسيط، ١١٩/٤.الماوردي، الحـاوي الكبيـر، ٣٣٨/٧. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. ابن قدامة، المغني، ١٥٧/٧. الشيرازي، المهذب، ٤٨١/٣. البحراني، غاية المرام، ٢/ ٢٥٩. الكركي، جامع المقاصد، ٦٢/٨–٦٣. بتصرّف.

٢ – الكركي، جامع المقاصد، ٦٢/٨.

٣ – انظر: الماو ردي، الحاوي الكبير، ٣٣٨/٧. الرافعي، العزيز، ٢٩/٦. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢.بتصرّف.

٤ – انظر: النجفي، جواهر الكلام، ٣٩٣/٢٦. البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢. الرافعي، العزيز، ٢٩/٦.

٥ – انظر: الرافعي، العزيز، ٢٩/٦.، العمراني، البيان، ٢٠٦/٧. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٣٨/٧.

٦ – النجفي، جواهر الكلام، ٣٩٣/٢٦.

فهو بإذن العامل الأول، فالعامل الثاني إنما اوقعه بعنوان أنه مقارض وبذل منفعة على عوض، فلما لم يسلم له العوض لفساد القراض استحق على من غره اجرة المثل، وفساد القراض يقتضي فساد الإذن الحاصل من العامل.(١)

أدلة القول الثامن:

١. وجه استحقاق ربّ المال لنصيبه المشروط من الربح: لأنه رضي به بخلاف صورة الغصب فإنه لم يوجد منه رضا به فصرفنا الكل إليه قطعا لطمع الغصاب والخائنين.(٢)

٢. وجه استحقاق المضارب الثاني للباقي من الربح وعدم استحقاق الأول منه شيء: لأن الثاني هو العامل، أما الأول فليس له عمل ولا ملك فلا يصرف إليه شيء من الربح.(٣)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول** حيث يكون الربح بين المضارب الأول والثاني على ما شرطا ولا شيء لرب المال، إلا أنه لا يطيب للمضارب الأول نصيبه من ذلك الربح فيكون سبيله التصدق، بينما يطيب للثاني نصيبه، وذلك لما استدل به **الحنفية** أصحاب هذا القول، ولأن المال قد أصبح في ضمان الأول فكان مالكا له من وقت التعدي، وبالتالي يكون دفعه المال مضاربة إلى المضارب الثاني صحيحا لأنه يملك ذلك التصرّف لكونه مالك وكأن ربّ المال صاحب المال الأول غير موجود أصلا، وبالتالي يكون الربح بين المضاربين الأول والثاني على ما شرطا، ولأن المال إذا تلف رأسا وربحا فيضمن الأول لرب المال رأس المال فقط لا الربح فدل ذلك أن ليس لرب المال شيء من الربح، والله تعالى أعلم.

---

١ – انظر: النجفي، جواهر الكلام، ٣٩٣/٢٦. البحراني، غاية المرام، ٢٥٩/٢. الرافعي، العزيز، ٢٩/٦. النووي، روضة الطالبين، ١٣٣/٥. العمراني، البيان، ٢٠٦/٧. بتصرّف.

٢ – الرافعي، العزيز، ٢٩/٦.

٣ – الرافعي، العزيز، ٢٩/٦.

المبحث الثالث

تصرّفات المضارب في عقود التبرعات والهبات

المطلب الأول: تصرّف المضارب بالتبرع والهبة من مال المضاربة:

إذا أراد المضارب أن يتبرع أو يتصدق أو يهب لآخر من مال المضاربة، فإما أن يكون ذلك ابتداء بأن يعطي غيره شيئا من مال المضاربة على وجه التبرع والهبة نقدا كان أو عرضا، وإما أن يكون طارئا بعد البيع واستحقاق الثمن أو الدين في ذمة المشتري كأن يبيع شيئا لآخر بثمن حال أو مؤجل فيتبرع ويهب له بعض الثمن والدين أو جميعه، وهو ما عبر عنه الفقهاء بالحطّ والإبراء:

الفرع الأول: تصرّف المضارب بالتبرع والهبة ابتداء:

إذا أراد المضارب أن يتبرع لآخر من مال المضاربة ابتداء بأن يعطي غيره شيئا من مال المضاربة نقدا كان أو عرضا كثوب أو طعام ونحوه، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز التبرع والهبة والتصدق بشيء من مال المضاربة إلا بإذن ربّ المال، ولو كان المتبرع به قليلا، فإن أذن له ربّ المال بذلك جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **الحنفية**(١) **والشافعية**(٢) **والحنابلة**(٣) **والجعفرية**(٤) **والأباضية**.(٥)

وقد اشترط أصحاب هذا القول لجواز ذلك الإذن الخاص والصريح بعينه من ربّ المال، فلا يملكه إلا بالتنصيص عليه صراحة، ولا يكفي فيه الإذن العام (التفويض).(٦)

القول الثاني: لا يجوز للمضارب التبرع والهبة من مال المضاربة بغير إذن ربّ المال إذا كان

---

١ – المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥.

٢ – النووي، روضة الطالبين، ١٣٥/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢. الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٤١/٥. البغوي، التهذيب، ٣٨٦/٤.

٣ – الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧.

٤ – الكركي، جامع المقاصد، ١١١/٨.

٥ – أطفيش، شرح النيل، ٣٥٩/١٠,

٦ – انظر: المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥–٥٤٨. العيني، البناية، ٨٦/١٠. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٥١/١. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧.

المتبرع به كثيرا ولو بقصد الاستئلاف به، إلا إذا كان ذلك من باب الثواب ومكافأة من أسدى معروفا إليه في مال المضاربة على وجه التجارة وحسن النظر فيجوز له ذلك عندئذ بغير إذن، أما التبرع بالقليل وهبته فيجوز له بغير إذن ربّ المال ككسرة خبز أو شربة ماء أو بعض تمرات.

وإليه ذهب **المالكية**.[١]

والفرق بين الشريك وعامل القراض حيث جاز للأول هبة الكثير للاستئلاف دون الثاني أن العامل رجع فيه أنه أجير والقول بأنه شريك مرجوح وحينئذ فالشريك أقوى منه.[٢]

القول الثالث: يجوز للمضارب التبرع والهبة والإهداء من مال المضاربة إذا كان ذلك يحقق مصلحة للمال أو جرى عرف به، فإن لم يكن من وراء ذلك مصلحة للمضاربة ولم يجر عرف به فلا يجوز إلا بإذن ربّ المال.

وإليه ذهب **الزيدية**.[٣]

ويدخل تحت هذا القول ما تفعله أكثر الشركات في أيامنا هذه من منح الجوائز أو إجراء المسابقات أو تقديم الرعايات للبرامج الإعلانية.

وعليه فإن خالف ففعل ما ليس فيه مصلحة ولا جرى به عرف بغير إذن ربّ المال لزم ذلك المضارب في خاصة ماله.[٤]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن العقد لا يتضمن ذلك ولا يتناوله[٥]، لأن المضاربة تنعقد على التجارة، والتبرع والهبة

---

١ – الخرشي، حاشية الخرشي، ١٨٩/٧. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣١٤/٥. الدردير، الشرح الصغير، ٤٥٢/٣–٤٥٣. الصاوي، بلغة السالك، ٤٥٣/٣. الباجي، المنتقى، ٩٠/٧، ١١٣. العدوي، حاشية العدوي، ١٩٠/٧. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٢١/٦–٤٢٢. الدردير، الشرح الكبير، ٣١٤/٥. المواق، التاج والإكليل، ٧٩/٧، ٤٦٤. ابن عبد البر، الاستذكار، ١٧٢/٢١. الآبي، جواهر الإكليل، ١٧٨/٢. القرافي، الذخيرة، ٦٢/٦.

٢ – انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣١٤/٥. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٤٢١/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٨٩/٧. الصاوي، بلغة السالك، ٤٥٣/٣.

٣ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٥/٣، ١٦١–١٦٢. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٣٠/٥.

٤ – العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣.

٥ – الأنصاري، أسنى المطالب، ٣٤١/٥. الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٢.

والصدقة ليست تجارة ولا مما يبتغي به التجارة.[١]

٢. لأن كل واحد من الهبة والصدقة تبرع ومال الغير لا يحتمل التبرع.[٢]

أدلة القول الثاني:

١. وجه عدم جواز التبرع بالكثير: لأن ربّ المال لم يعطي المال للعامل ليهبه ولا ليتصدق به ولا ليتلفه، وإنما أعطاه إياه ليثمره ويطلب فيه الربح والنماء ولا يعرضه للهلاك والتوى[٣]، فإذا وهبه أو تصدق به فقد ناقض مقصود ربّ المال، إذ ليس فيه تنمية لمال المضاربة.

٢. وجه جواز الهبة والتبرع إذا كان من باب الثوب والمكافأة: لأن ذلك بمنزلة البيع.[٤]

٣. وجه جواز التبرع بالقليل: لأنه من اليسير الذي يتسامح بمثله.[٥]

أدلة القول الثالث:

لم أجد فيما اطلعت عليه أدلة للقول الثالث والله تعالى أعلم.

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني** الذي ذهب إليه **المالكية** حيث لا يجوز للمضارب التبرع والهبة من مال المضاربة بغير إذن ربّ المال إذا كان المتبرع به كثيرا ولو بقصد الاستئلاف به والنظر والمصلحة، إلا إذا كان ذلك من باب العرفان بالجميل ومكافأة من قدم معروفا أو خدمة لمال المضاربة فيجوز عندئذ بغير إذن، في حين إذا كان المتبرع به قليلا كشربة ماء أو كسرة خبز أو حبة من الفاكهة والخضروات ونحو ذلك مما اعتاد الناس والتجار هبته والمسامحة به فيجوز ذلك له بغير إذن ربّ المال، ولكن ينبغي أن لا يتجاوز مقدار المتبرع به الحد المعتاد عند التجار في جميع الحالات المذكورة سواء ما كان جائزا بأصله لكونه من باب المكافأة أو لكونه قليلا، أو جائزا بإذن ربّ المال له بذلك، و**وجه الرأي المختار** ما يلي:

١. وجه عدم جواز النبرع بالكثير ولو كان فيه مصلحة للمضاربة: لأن التبرع بالكثير وهبته ــ وإن كان ينبغي القول بجوازه إن كان لمصلحة نظرا لمصلحة المضاربة ــ إلا أن فيه

---

١ – انظر: الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٩/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥.

٣ – ابن عبد البر، الاستذكار، ١٧٢/٢١.

٤ – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣١٤/٥. الصاوي، بلغة السالك، ٤٥٣/٣.

٥ – العدوي، حاشية العدوي، ١٩٠/٧.

شبهة المحاباة قوية والتهمة فيه ظاهرة، لكون المضارب لا ملك له في المال، فيهون عليه التبرع بشيء من مال غيره الذي لا ملك له فيه بدعوى الاستئلاف والمصلحة، فيرجح جانب التهمة والمحاباة على جانب المصلحة في هذا التصرّف، فيمنع منه بغير إذن صاحب المال لأن المال ماله والملك ملكه والحق له، بخلاف الشريك حيث يجوز له التبرع بالكثير بقصد المصلحة والاستئلاف، لأن له ملكا ونصيبا في المال فتكون شبهة المحاباة والتهمة فيه أضعف، فيترجح جانب المصلحة على جانب المحاباة والتهمة فيجوز له ذلك.

٢. <u>وجه جواز التبرع بالكثير وهبته إذا كان من باب المكافأة</u>: لأن تصرّفه على هذا الوجه هو بمنزلة البيع والمعاوضة، فكأنه بذل المتبرع به مقابل المعروف الذي أسدي إليه، فهو بدل ببدل وعوض بعوض فجاز ذلك، كما أن شبهة المحاباة والتهمة منتفية هنا، لأنه دفع ما دفع مقابل عوض حصل للمضاربة من الجانب الآخر، فلو لم يبذل الآخر المعروف لم يبذل المضارب له شيئا أصلا، أما المحاباة فهي دفع من جانب دون أن يحصل على مقابل أو عوض دنيوي من الجانب الآخر.

٣. <u>وجه جواز الهبة والتبرع إذا كان بالقليل وإن لم يكن فيه مصلحة</u>: لأن ذلك مما جرت به عادة النجار بالمسامحة بمثله، والمضاربة تنعقد على عادة التجار، ولأن له أن يبيع أو يشتري بغبن يسير مما يتغابن الناس به، فكذلك ما لو تبرع باليسير الذي يتسامح الناس به عادة، والله تعالى أعلم.

<u>الفرع الثاني: الحطّ والإبراء من الثمن والدين:</u>

إذا أبرم المضارب عقدا بيع لشيء من مال المضاربة بثمن حال أو مؤجل، فإما أن يحطّ المضارب عن المشتري المدين بعض الدين أو يبرئه من جميع الثمن أو الدين:

<u>أولا: الحطّ من الثمن أو الدين:</u>

وحطّ المضارب لبعض الثمن عن المشتري إما أن يكون لمصلحة ومنفعة تعود على مال المضاربة، وإما أن يكون لغير مصلحة للمضاربة، بأن يكون على وجه المعروف دون أن يعود على مال المضاربة بمنفعة ولا فائدة دنيوية:

<u>الحالة الاولى: الحطّ من الثمن والدين لأجل مصلحة مال المضاربة:</u>

إذا كان الحطّ من الثمن والدين لأجل مصلحة ومنفعة تتحقق للمضاربة، فجمهور الفقهاء: **الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والأباضية** متفقون على جواز الحطّ من الثمن والدين إذا تتحقق به مصلحة للمضاربة، كأن باع شيئا بخيار للمشتري، فخشي أن يفسخ فنقص عن المشتري من

الثمن قدر ما يعتاد الناس وكانت المصلحة ظاهرة في ذلك البيع فإنه يلحق بمال المضاربة وينفذ فيه، وكما لو باع سلعة معيبة بعيب لم يعلم المشتري به، فردها المشتري بخيار العيب على المضارب، فللمضارب أن يحطّ من ثمنها عن المشتري بقدر ما يحطّ التجار في مثل ذلك العيب أو بزيادة يتغابن به الناس مما هو معتاد مقابل أن يقبل بالسلعة المعيبة المشتري ولا يردها عليه، أما إن حطّ مقدارا فاحشا مما لا يتغابن به الناس كان ضامنا لذلك من ماله لرب المال.[١]

وجه الرأي السابق:

١. لأن ذلك من صنع التجار عادة.[٢]

٢. لأن المضارب لو قبله بالعيب ثم باعه منه بغبن يسير ثانيا جاز، فكذلك إذا حطّ عنه هذا المقدار.[٣]

الحالة الثانية: الحطّ من الثمن والدين على وجه المعروف دون وجود مصلحة لمال المضاربة:

أما إن كان الحطّ من الثمن أوالدين على وجه المعروف الذي يسدى إليه دون أن يعود ذلك بمنفعة أو فائدة أو مصلحة على مال المضاربة، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمضارب الحطّ من الثمن لغير مصلحة كعيب ونحوه إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **أبو يوسف**[٤]**والزيدية**[٥] **والأباضية** [٦]، وهو فيما يظهر رأي **المالكية والحنابلة**[٧] وعليه فإن خالف فحطّ من الثمن بغير إذن ضمن ذلك ولزمه في خاصة ماله، ولم يلحق ذلك

١ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٧/٨. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣١٩/٢. القرافي، الذخيرة، ٧٨/٦. ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠–٣٤٤.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٥ – العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥.

٦ – أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠.

٧ – انظر: القرافي، الذخيرة، ٧٨/٦. ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. وإنما قلنا فيما يظهر، لأن **المالكية والحنابلة** وإن لم يذكروا ذلك صراحة، إلا أنه يفهم من تجويزهم الحطّ من الثمن إذا كان لمصلحة أو عيب: أنه إذا كان لغير مصلحة أو عيب فلا يجوز الحطّ عندئذ، والله تعالى أعلم.

الحطّ مال المضاربة بشيء.[١]

القول الثاني: يجوز للمضارب الحطّ من الثمن لغير مصلحة بغير إذن ربّ المال، إلا أنه يضمن ذلك لرب المال.

وإليه ذهب أبو حنفية ومحمد.[٢]

وعليه يصح هذا الحطّ ويبطل حكم المضاربة في مقدار ما صار ضامنا به لـرب المـال، لأن شرط المضاربة الصحيحة أن يكون رأس المال أمانة في يد المضارب، ويكون رأس المال فـي ذلك ما قبضه من المشتري بعد الحطّ.[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن هذا الحطّ ليس من صنع التجار، فلا يملكه بمقتضى عقد المضاربة.[٤]
٢. لأن المضارب هو العاقد فيكون في هذا الحطّ كالوكيل بالبيع، والحطّ والإبراء عن الـثمن من الوكيل بالبيع باطل **في قول** أبي يوسف، فكذلك المضارب.[٥]

أدلة القول الثاني:

لأن المضارب هو العاقد فيكون في هذا الحطّ كالوكيل بالبيع، والحطّ والإبراء عن الـثمن مـن الوكيل بالبيع صحيح **في قول أبي حنيفة ومحمد** وهو ضامن ذلك للموكل، فكذلك المضارب.[٦]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الأول**، وذلك لأن الحطّ لغير مصلحة هو تبرع، والتبرع المحض هو ضرر وتنقيص وإتلاف للمال فلا يجوز له، وتصرّف في مال الغير بخلاف ما أذن به، كما انه ليس من عادة النجار وصنيعهم ولا تنظمه أعمال التجارة المأذون بها للمـضارب، كما أن تصرّف المضارب بذلك لغير مصلحة ينبئ عن شبهة المحاباة وتهمة الميل بشكل واضح وقوي، لكونه لا ملك له في المال، فيمنع منه رعاية لحق ربّ المال، والله تعالى أعلم.

---

١ – انظر: العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣. أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠.

٢ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢–٤٨.

٤ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٥ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

٦ – السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢.

ثانيا: الإبراء من الثمن أو الدين:

إذا أبرأ المضاربُ المشتريَ المدينَ من جميع الثمن أو الدين، فقد نصَّ **الأباضية** على أن المضارب يكون بذلك ضامنا، فلا يجوز له الإبراء بغير إذن ربّ المال له بذلك[١]، وهذا هو المفهوم من كلام الذين لا يجيزون للمضارب الحطّ من الثمن لغير مصلحة ــ **كأبي يوسف والمالكية والحنابلة والزيدية** ــ فلئن لا يجوز له الإبراء من باب أولى [٢]، ولم أجد فيما اطلعت عليه من صرح بمخالفة ذلك.

وجه الرأي السابق:

ويتوجه ذلك بأن الإبراء تبرع، والتبرع في مال غيره لا يجوز إذ هو محض ضرر، كما أنه بمنزلة إتلاف مال المضاربة، وهذا مناقض لمقصود ربّ المال من تنمية المال وتحصيل الربح، إذ الإبراء تصرّف في ملك الغير على خلاف ما أمره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه من المشتري، وكما أن الإبراء ليس من صنيع التجار ولا داخلا ضمن أعمال التجارة المأذون بها للمضارب بمقتضى عقد المضاربة فلا يملكه إلا بإذن ربّ المال.

المطلب الثاني: تصرّف المضارب بإخراج الزكاة من مال المضاربة:

إذا وجبت الزكاة في مال المضاربة بتحقق شروط وجوبها فيه، فأراد المضارب إخراج زكاة المال فهل يجوز له ذلك بغير إذن ربّ المال؟ يمكن بحث هذا من خلال المحورين التاليين:

الفرع الأول: تصرّف المضارب بإخراج زكاة رأس مال المضاربة وزكاة نصيب ربّ المال من الربح إن وُجد فيه ربح:

إذا وجبت الزكاة في رأس المال أو الربح إذا ظهر في المال ربح، فأراد المضارب أن يؤدي زكاة رأس المال وحصة ربّ المال من الربح، **فلا خلاف بين الفقهاء** في أنه لا يجوز ذلك للمضارب إلا بإذن ربّ المال.[٣]

---

١ – انظر: أطفيش، شرح النيل، ٣٤٣/١٠.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٤٧/٢٢. القرافي، الذخيرة، ٧٨/٦. ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. العنسي، التاج المذهب، ١٦١/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٩/٥.

٣ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢٠١/٢–٢٠٢. ٦٧/٢٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٩/٢. حاشية ابن عابدين، رد المحتار، ٣/ ٢٣١. الدردير، الشرح الكبير، ٧٨/٢.الحطاب، مواهب الجليل، ١٩٢/٣. القرافي، الذخيرة، ٢٧/٣. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٧٨/٢. ابن مفلح، الفروع، ٤٦٧/٣. المرداوي، الإنصاف، ١٧/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ٢٥٦/٣.

وعليه فلو خالف فأدى الزكاة بغير إذن ربّ المال فهو ضامن لما أعطى.[١]

وجه الاتفاق:

١. لأن المضارب أمين في المال كالمستبضع والأجير، ولا ملك له فيه ولا نيابة له، والملك شرط لوجوب الزكاة، ورب المال لم يأمره بأداء الزكاة ولم يفوض إليه ذلك، وإنما فوض إليه التجارة والتصرّف في المال فلا يكون له ولاية أداء الزكاة.[٢]
٢. لأن الزكاة تستدعي نية من عليه.[٣]
٣. لاحتمال أن يكون على ربّ المال دين يمنع الزكاة أو يكون قد مات ولا يدري بذلك المضارب.[٤]

الفرع الثاني: تصرّف المضارب بإخراج زكاة نصيبه من الربح إذا ظهر:

إذا ظهر ربح في مال المضاربة ووجبت الزكاة فيه بتحقق شروطها فيه، فأراد المضارب أن يؤدي زكاة نصيبه منه من مال المضاربة قبل المفاصلة والقسمة ـ بناء على قول من قال بوجوب الزكاة على المضارب في نصيبه بظهور الربح في المال ـ فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك له على قولين:

القول الأول: يجوز للمضارب أن يخرج زكاة نصيبه من الربح من مال المضارب وليس لرب المال منعه كما يجوز لرب المال إخراجها من المال.

وإليه ذهب **الحنفية**[٥] **والشافعية في الأصح**[٦] **والحنابلة في وجه**[٧] **والزيدية.**[٨]

---

١ – السرخسي، المبسوط،٤٠/٣. ٦٧/٢٢.

٢ – انظر: السرخسي، المبسوط، ٢٠٢/٢.الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٩/٢. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٥١/٢. بتصرّف.

٣ – السرخسي، المبسوط، ٢٠٢/٢.

٤ – انظر: الحطّاب، مواهب الجليل، ١٩٢/٣. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٧٨/٢. الصاوي، بلغة السالك، ٤١٥/١.

٥ – العيني، البناية، ١٠٥/١٠. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٦٠/٥. الحصكفي، الدر المختار، ٢٣٠/٣. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٥١/٢.

٦ – النووي، روضة الطالبين، ٢٨١/٢. الشربيني، مغني المحتاج، ٥٩١/١. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠٨/٣. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٢/٧. الشيرازي، المهذب، ٥٣١/١. الغزالي، الوسيط، ٤٨٩/٢.

٧ – المرداوي، الإنصاف، ٤٤/٣،١٧–٤٥. ابن مفلح، المبدع،٢٩٦/٢. ابن مفلح، الفروع، ٤٦٦/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. ابن قدامة، الكافي، ٣١٨/١–٣١٩.

٨ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ٢٥٦/٣.

القول الثاني: لا يجوز ذلك له بغير إذن ربّ المال، ولرب المال منعه من ذلك، وانما له أن يزكي نصيبه عند القسمة والمفاصلة.

وإليه ذهب **المالكية**[١] **والشافعية في وجه**[٢] **والحنابلة في الصحيح.**[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن المضارب ورب المال دخلا على حكم الإسلام، ومن حكمه وجوب الزكاة وإخراجها من المال.[٤]

٢. لأنه يملك الربح بالظهور[٥]، فيجوز إخراج زكاته كما يجوز لرب المال إخراجها من المال.[٦]

٣. بناء على القول بأن الزكاة تتعلق بعين المال وتجب فيه فله الإخراج منه عندئذ.[٧]

أدلة القول الثاني:

١. لأن الربح وقاية لرأس المال فلا يخرج منه الزكاة[٨] وبذلك فارق المضارب ربّ المال حيث يجوز لرب المال إخراج الزكاة لأن إخراج ربّ المال من المال يكون من أصل فجاز، وإخراج العامل لها من المال يكون من ربح فلم يجز.[٩]

---

١ – الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢/٧٦-٧٧. المواق، التاج والإكليل، ١٩٥/٣. الزرقاني، شرح الزرقاني على خليل، ٢٨٩/٢. الحطّاب، مواهب الجليل، ١٩٥/٣-١٩٦. الصاوي، بلغة السالك، ٤١٥/١، ٤١٨. الدردير، الشرح الكبير، ٧٦/٢-٧٧.

٢ – النووي، روضة الطالبين، ٢٨١/٢. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٢/٧. الشيرازي، المهذب، ٥٣١/١. الغزالي، الوسيط، ٤٨٩/٢. الشربيني، مغني المحتاج، ٥٩١/١. الرملي، نهاية المحتاج، ١٠٨/٣.

٣ – المرداوي، الإنصاف، ٤٤/٣،١٦-٤٥، ٨٦. ابن مفلح، المبدع،٢٩٦/٢. ابن مفلح، الفروع، ٤٦٥/٣-٤٦٦. ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. ابن قدامة، الكافي، ٣١٨/١.

٤ – ابن قدامة، الكافي، ٣١٩/١. ابن مفلح، المبدع،٢٩٦/٢. الشيرازي، المهذب، ٥٣١/١. ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. المرداوي، الإنصاف، ١٧/٣. ابن مفلح، الفروع، ٤٦٦/٣.

٥ – انظر: ابن المرتضى، البحر الزخار، ٢٥٦/٣. العيني، البناية، ١٠٥/١٠. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٦٠/٥.

٦ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٢/٧.

٧ – انظر: المرداوي، الإنصاف، ٤٤/٣-٤٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٢/٧.

٨ – الشيرازي، المهذب، ٥٣١/١. وانظر: ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٤. ابن قدامة، الكافي، ٣١٨/١. المرداوي، الإنصاف، ٨٦/٣.

٩ – الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٢/٧.

٢. بناء على القول بأن الزكاة تتعلق بالذمة وتجب فيها فليس له الإخراج منه عندئذ.(١)

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول من كون الربح وقاية لما قد يحصل لرأس المال من نقص أو خسر أو تلف فيجبر به عندئذ، كما أن المضارب وإن كان يملك نصيبه من الربح بظهوره إلا أن ملكه ذاك غير مستقر وانما يستقر بالقسمة بعد استيفاء ربّ المال لرأس ماله كاملا، فلا يكون عندئذ وقاية، وبالتالي ليس له إخراج زكاة ذلك إلا بعد إن يستقر ملكه لنصيبه منه، بخلاف ربّ المال حيث يكون ملكه لرأس المال مستقر، إذ إن الأصل باق على ملكه ولم يزل عنه فكان لرب المال إخراج الزكاة في لم يجز للمضارب، كما أن حكم الاسلام بوجوب الزكاة في المال الذي دخلا عليه لكونهما مسلمين إنما يلزم عند تحقق شروط وجوبها، والزكاة إنما تجب فيما يملكه الشخص ملكا مستقرا، فلم يجر حكم الاسلام بوجوب الزكاة في نصيب المضارب لكونه ملكا غير مستقر، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: تصرّف المضارب بالسفتجة أخذاً وإعطاءً:

إذا أراد المضارب التعامل بالسفتجة فإما أن يأخذ بمال المضاربة سفتجة وإما أن يعطي به سفتجة:

الفرع الأول: تصرّف المضارب بالسفتجة أخذاً:

إن أخذ بمال المضاربة سفتجة فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك للمضارب، هل يملكه بمطلق العقد أم لا بد لجوازه له من إذن ربّ المال؟ على قولين:

القول الأول: لا يجوز للمضارب أن يأخذ بمال المضاربة سفتجة إلا بإذن ربّ المال، فإن أذن له جاز وإلا فلا.

وإليه ذهب **الحنفية**(٢) **والحنابلة في المذهب** عندهم(٣) **والزيدية**.(٤)

وقد اشترط **الحنفية والزيدية** لجواز ذلك الإذن الخاص والصريح بعينه من ربّ المال، ولا يكفي

---

١ – انظر: المرداوي، الإنصاف، ٣/٤٤–٤٥. الماوردي، الحاوي الكبير، ٣٤٢/٧.

٢ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥–٥٤٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٥/٧. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢. العيني، البناية، ٨٦/١٠.

٣ – ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧، ٩٠. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧. وانظر: المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥.

٤ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

عندهم الإذن العام (التفويض)، فلو قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" لم يجز له أن يأخذ سفتجة، لأن قوله ذاك تفويض للرأي إليه في المضاربة، وهو ينصرف إلى ما يعود إلى التجارة فلا يتناول الأخذ سفتجة، لأنه ليس من باب التجارة[١]، في حين اكتفى **الحنابلة** بالإذن العام لجواز ذلك ولم يشترطوا الإذن الصريح، فلو قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" ورأى المصلحة جاز له ذلك.[٢]

القول الثاني: يجوز للمضارب الأخذ سفتجة بمطلق العقد.

وإليه ذهب **الحنابلة في قول.**[٣]

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. لأن ذلك إقراض وهو لا يملك الإقراض.[٤]
٢. لأن ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه إلا بإذن.[٥]
٣. لأن فيها تعرضا للخطر من غير فائدة مرجوة.[٦]
٤. لمنع العرف من ذلك.[٧]

أدلة القول الثاني:

لم أقف فيما اطلعت عليه على أدلة للقول الثاني، إلا أنه يمكن أن يستدل لذلك بما أستدل به للقول بجواز الأخذ سفتجة في مسألة أخذ الشريك سفتجة في باب الشركة بانتفاء الضرر من هذا

---

١ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥–٥٤٨. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. العيني، البناية، ٨٦/١٠. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣–١٥٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٢ – ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧.

٣ – ابن مفلح، الفروع، ٩٠/٧. البغلي، حاشية ابن قندس، ٨٩/٧. قال في الفروع: وهو الأصح. انظر: المصدرين السابقين نفس الصفحات.

٤ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢. العيني، البناية، ٨٦/١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨.

٥ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. العيني، البناية، ٨٦/١٠.

٦ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٧ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

التصرّف.[١]

الرأي المختار:

ومما سبق يمكن أن نختار **ترجيح القول الثاني**، وذلك لأن الأخذ سفتجة هو عادة التجار في زماننا، فقد دأبت عادتهم على ذلك وأصبح عرفا تجاريا في الوقت الحاضر، بل لا نجد تاجرا يستغني عنه غالبا، فإن من الصور المعاصرة للأخذ سفتجة المنتشرة في زماننا ما يسمى ببطاقات الحاسب الآلي "الفيزا كارت" حيث يضع الشخص مبلغا في حسابه في البنك أو المصرف ويستخرج منه تلك البطاقة، فيتمكن من سحب ما يريد من ذلك المبلغ بواسطة هذه البطاقة من فروع البنك في اي بلد سافر إليه أو سوق توجه اليه، وهذا النوع من المعاملة قد انتشر وشاع على مستوى الأفراد والمؤسسات، واعتمد التجار عليها بشكل كبير حتى أصبح من النادر أن يحمل التاجر نقودا في جيبه أو حقيبته، والمضاربة تنعقد على عادة التجار وعرفهم فيملكه، كما أن تصرّف المضارب منوط بما يحقق المصلحة والفائدة لمال المضاربة فيملك كل تصرّف يسهم في تحقيق ذلك، والمصلحة والفائدة متحققة في الأخذ سفتجة، لأن المضارب إذا دفع مبلغا من مال المضاربة لتاجر أو مصرف ليأخذ كتابا من الجهة التي سلمها المبلغ لوكيل لها في البلد الذي يقصده للتجارة ليستوفيه منه، فإنه بذلك يأمن من خطر الطريق ويصون مال المضاربة من الضياع أو السرقة أو الاعتداء، فيكون تصرّفه ذاك متضمنا فائدة ومنفعة لمال المضاربة قد لا تتحقق إلا به فيملكه بمطلق العقد، كما أنه لا يترتب عليه أي محظور شرعي وليس فيه ضرر قد يلحق بالمال، وهذ بخلاف ما إذا أعطى سفتجة لانه نوع استدانة فلا يملكه لأنه زيادة في رأس مال المضاربة على غير ما رضي به ربّ المال وانعقد عليه العقد، كما أنه ليس فيه فائدة أو مصلحة متحصلة للمضاربة، وإنما تكون المنفعة من ذلك التصرّف متحقق للطرف الآخر لا للمضاربة، وليس للمضارب مباشرة تصرّف لا يرجع بفائدة على المضاربة إلا بإذن ربّ المال له بذلك، والله تعالى أعلم.

الفرع الثاني: تصرّف المضارب بالسفتجة إعطاءً:

إن أعطى بمال المضاربة سفتجة **فلا خلاف بين الفقهاء** في عدم جواز ذلك إلا بإذن ربّ المال فإن أذن له به جاز وإلا فلا.[٢]

---

١ – انظر الاستدلال في مسألة أخذ الشريك سفتجة: المرداوي، الإنصاف، ٤١٥/٥. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥٠٦/٣.

٢ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٧/٥–٥٤٨. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيون

إلا أنه قد وقع الاختلاف بين الفقهاء في طبيعة الإذن اللازم لجواز هذا التصرّف، فقد اشــترط **الحنفية والزيدية** لجواز ذلك أن يكون الإذن من ربّ المال إذنا خاصا وصريحا بعينه، فلا يكفي عندهم الإذن العام (التفويض)، فلو قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" لم يجز له أن يعطي سفتجة، لأن قوله ذاك تفويض للرأي إليه في المضاربة، وهو ينصرف إلى ما يعود إلى التجــارة فــلا يتناول الإعطاء سفتجة، لأنه ليس من باب التجارة[١]، في حين اكتفى **الحنابلة** بالإذن العام ولــم يشترطوا الإذن الصريح، فلو قال له ربّ المال: "اعمل برأيك" ورأى المصلحة جاز له ذلك.[٢]

<u>وجه الاتفاق:</u>

١. لأن ذلك استدانة وهو لا يملك الاستدانة.[٣]
٢. لأن ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه إلا بإذن.[٤]
٣. لأن فيها تعرضا للخطر من غير فائدة مرجوة.[٥]
٤. لمنع العرف من ذلك.[٦]

الأخيار، ٣٢١/٢. العيني، البناية، ٨٦/١٠. محمد أفندي، قرة عيون الأخيار، ٣٢١/٢. ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٥١٨/٣. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ٣٢٩/٢. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

١ – انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. الزيلعــي، تبيــين الحقــائق، ٥٤٧/٥–٥٤٨. المرغيناني، الهداية، ٤٧٣/٨. العيني، البناية، ٨٦/١٠. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨. العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣–١٥٥. ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

٢ – ابن مفلح، الفروع، ٨٩/٧.

٣ – الكاساني، بدائع الصنائع، ١٢٨/٥. الشلبي، حاشية الشلبي، ٥٢٥/٥. محمد أفندي، قرة عيــون الأخيــار، ٣٢١/٢. العيني، البناية، ٨٦/١٠. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥. ابن عابدين، رد المحتار، ٣٧٨/٨.

٤ – الزيلعي، تبيين الحقائق، ٥٤٨/٥.

٥ – العنسي، التاج المذهب، ١٥٤/٣.

٦ – ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٢٨/٥.

الخاتمة

يمكن صياغة أهم ما جاء في هذا في النقاط التالية:

١. إنّ التصرّفات التي يمارسها الشريك في محل شركة العقد بأنواعها منوطة في جوازها للشريك أو عدم جوازها بأربعة أسس تعود إليها وتنبني عليها عموما،والفقهاء متفقون من حيث المبدأ على الأخذ بهذه الاسس واعتبارها عند النظر والحكم على اي تصرّف يقوم به الشريك في مال الشركة، إلا أنهم يختلفون فيما بينهم في مدى تحقيق مناطها في تلك التصرّفات للشريك، وهذه الأسس هي:

الأساس الأول: مدى تحقيق التصرّف لمصلحة الشركة أو عدمها: إذ إن تصرّفه في محل الشركة دائر مع المصلحة وجودا وعدما، فإذا وجدت مصلحة حقيقية للشركة في التصرّف كان ذلك التصرّف المنطوي على المصلحة جائزا، وإن لم ينطوِ على مصلحة أو انطوى على ما يخلفها منع من ذلك التصرّف.

الأساس الثاني: مدى تحقيق التصرّف لمقصود عقد الشركة من الاسترباح أو عدمه: فالمقصود الأساسي الذي عقدت الشركة من أجله هو تحصيل الربح وتنمية المال وزيادته وتكثيره، ويسلك الشريك من أجل تحقيق هذا المقصود كل طريق وتصرّف مشروع يفضي إليه، وبالتالي فأيما تصرّف أفضى إلى تحقيق هذا المقصود جاز، ومتى لم يحقق الاسترباح للشركة أو كان يفضى إلى نقيض المقصود امتنع عليه ذلك التصرّف.

الأساس الثالث: مدى جريان عُرف التجار وعادتهم بذلك التصرّف أو عدمه: لأن شركة العقد تعقد على عادة التجار وعُرفهم، لكون التجارة هي وسيلة الشركة وسبيلها لتحقيق الاسترباح وتنمية المال، والعمليات التجارية تخضع لما يتعارف عليه التجار وتجري عليهم عادتهم، فمتى جرى عُرفهم بتصرّف جاز للشريك وإلا فلا.

الأساس الرابع: مدى تسبب التصرّف بإلحاق الضرر بصاحبه وشريكه أو عدمه: لأنه وإن كان له سلطة للتصرّف في محل الشركة ومالها، إلا أنه ليس له أن يوقع الضرر في نصيب شريكه، لأن الإذن الممنوح له لا يعطيه حقا في التصرّف بما يوقع الضرر بصاحبه، فإذا أحدث تصرّفه ضررا بشريكه منع منه.

٢. إن تصرّفات الشريك في شركة العقد تنقسم من حيث الحكم إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: ما يجوز بمطلق العقد دون حاجة إلى إذن عام أو خاص: وهي التصرّفات التي يقتضيها عقد الشركة بمطلقه بحيث لا تستغني عنها الشركة في تحقيق مقصودها من الاسترباح وتنمية المال، ويتعطل ذلك المقصود بعدم ممارستها في محل الشركة، ويكون

مآلها الإضمحلال والضمور والخسران ومن ثم الانهيار والتصفية، ومنها البيع والشراء والاستئجار ونحوها.

القسم الثاني: ما لا يجوز إلا بالإذن العام (التفويض): وهي التصرّفات التي لا يقتضيها عقد الشركة بمطلقه ولا هي من متطلباته وضروراته، ولكن تعارف عليها التجار وجرت بها عادتهم لكونها تحقق منفعة ومصلحة لمال التجارة، فهذه التصرّفات لا تجوز للشريك بمطلق العقد، ولكنها تجوز إذا فوض له صاحبه التصرّف بما يراه منها ما تتحقق معه مصلحة ومنفعة مال الشركة، لكونها تحقق لها توسعا وازدهارا وتزيد من أرباحها المتحصلة، فإن لم يأذن له إذنا عاما لم يجز له ذلك لعدم تناول الإطلاق لها.

القسم الثالث: ما لا يجوز إلا بالإذن الخاص (التصريح والتنصيص): وهي التصرّفات التي لا يقتضيها عقد الشركة بمطلقه ولا هي من متطلباته وضروراته، ولا تعارف عليها التجار ولا جرت بها عادتهم، لكنها تلحق ضررا بنصيب صاحبه من مال الشركة وتنقصه على نحو لم يرض به، فمنع منها لحق صاحبه، ولا تجوز له إلا بإذن صريح منه، فإن أذن له صراحة جازت له تلك التصرّفات، لأن الحق له، وبالتنصيص فقد تنازل عن حقه، فإن أذن له بالعموم لم تجز له لأن التفويض هو فيما فيه مصلحة للشركة، وهذا تنقيص وإضرار بصاحبه فلم يجز.

القسم الرابع: ما لا يجوز مطلقا بإذن أو بغير إذن: وهي التصرّفات التي لا يقتضيها عقد الشركة بمطلقه ولا هي من متطلباته وضروراته، ولا تعارف عليها التجار ولا جرت بها عادتهم، ولكنها انطوت على مانع يمنع ممارستها في محل الشركةكأن يكون التصرّف محرّما بذاته أو مفضيا إلى ما هو ممنوع وذريعة إليه، وبالتالي لا تجوز تلك التصرّفات مطلقا ولو وجد إذن صريح من صاحبه بها، فوجود الاذن من ربّ المال لا اعتبار له في جواز ذلك، لأن المنع هنا لا لحقّه حتى يكون لرضاه وإذنه اعتبار، بل لمعنى آخر مستقل خارج عنه.

٣. إن أحكام تصرّفات الشريك في شركة الأموال والوجوه والأعمال وفي شركتي المفاوضة والعنان من كل منها متفقة في أغلبها، وذلك لكون الاشتراك فيها في الأصل والربح ولكون التصرّف والعمل في المحل من حق الشريكين معا، وبالتالي فما ورد من أحكام لتصرّفات الشريك في شركة عنان الأموال تنطبق على الأخرى، إلا القليل منها والذي تم التنبيه عليها وإبرازها في معرض الدراسة، كما أن كلاً من الشركة والمضاربة متفقة فيما بينها في أحكام بعض التصرّفات، في حين تختلف في بعضها الآخر على تفاوت بين الفقهاء في ذلك، وذلك

لاختلاف المضاربة عن الشركة في نواح معينة: فالشركة اشتراك فـــي الأصـــل والـــربح، والمضاربة اشتراك في الربح دون الأصل، كما أن التصرّف في الشركة من حق الشريكين معا، أما المضاربة فالتصرّف فيها من حق المضارب وحده دون ربّ المال، وبالتالي فقــد يجوز تصرّفٌ للشريك ولا يجوز للمضارب على ما تمّ عرضه في هذه الدراسة.

٤. إن تصرّف الشريك في محل الشركة على وجه ممنوع دون إذن تتمخض عنه آثـــار علـــى ذات التصرّف وعلى عقد الشركة،وقد تختلف هذه الآثار في أحكامها أو تتفق بحسب نـــوع التصرّف ونوع الشركة، وهذه الآثار متعددة يمكن حصرها فيما يلي:

أ. قد يكون أثر التصرّف التضمين عند التلف مع صحة التصرّف واستمرار عقــد الشركة.

ب. قد يكون أثره التضمين وبطلان عقد الشركة.

ج. قد يكون أثره التضمين مع بطلان التصرّف الذي باشره فقط، مع صـــحة عقــد الشركة.

د. قد يكون أثره التوقف على إجازة صاحبه للتصرّف، فإن أجازه رب المال صح نفذ التصرف وصحت الشركة ، وإلا بطل التصرف.

المصادر والمراجع

- الآبي، صالح عبد السميع، **جواهر الإكليل على شرح مختصر خليل**، دار المعرفة، بيروت.
- ابن الأثير، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ت(٦٠٦هـ)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، تحقيق طاهر أحمد الزاوى ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- أطفيش، محمد بن يوسف ت(١٣٣٢هـ)، **شرح النيل وشفاء العليل**، ط٣، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الأنصاري، زكريا بن محمد ت(٩٢٦هـ)، **أسنى المطالب شرح ورض الطالب**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
- الأنصاري، **منهج الطلاب**، مكتبة الثقافة، عدن.(مطبوع مع منهاج الطالبين)
- البابرتي، محمد بن محمود ت(٧٨٦هـ)، **العناية شرح الهداية**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.(مطبوع مع شرح فتح القدير).
- الباجي، سليمان بن خلف ت(٤٩٤هـ)، **المنتقى شرح موطأ مالك**، ط١، تحقيق محمد عبدالقادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر ت(١٢٢١هـ)، **البجيرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب)**، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.
- البحراني، مفلح الصُّيمَري، **غاية المرام في شرح شرائع الإسلام**، ط١، تحقيق جعفر الكوثري العاملي، دار الهادي، بيروت، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- البطاشي، محمد بن شامس، **غاية المأمول في علم الفروع والأصول**، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- البعلي، عبد الحميد محمود، **ضوابط العقود في الفقه الإسلامي**.(بدون طبعة ولا دار نشر)
- البغلي، تقي الدين أبي بكر بن إبراهيم بن يوسف ت(٨٦١هـ)، **حاشية ابن قندس**، ط١، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.(مطبوع مع كتاب الفروع لابن مفلح)
- البغوي، حسين بن مسعود بن محمد ت(٥١٦هـ)، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، ط١،

تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوَّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

- البناني، **محمد بن الحسن** بن مسعود ت(١١٩٤هـ)، **الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.(مطبوع مع شرح الزرقاني)
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس ت(١٠٥١هـ)، **شرح منتهى الإرادات (دقائق أولي النهى لشرح المنتهى)**، دار عالم الكتب، بيروت.
- البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- الترمذي، محمد بن عيسى ت(٢٧٩هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- التنوخي، زين الدين المنجي ت(٦٩٥هـ)، **الممتع في شرح المقنع**، ط١، تحقيق عبد الملك دهيش، دار خضر، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية الحراني ت(٦٥٢هـ)، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ.
- الجبعي العاملي، زين الدين بن علي بن أحمد ت(٩٦٥هـ)، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، ط١، تعليق وتصحيح وإشراف محمد كلانتر، مطبعة الآداب، جامعة النجف الدينية، النجف.
- الجصاص، أحمد بن علي ت(٣٧٠هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ
- الحجاوي، موسى بن أحمد ت(٩٦٨هـ)، **الإقناع في فقه الإمام أحمد**، دار المعرفة، بيروت.
- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر ت(٨٥٢هـ)، **تلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير**، تحقيق عبدالله هاشم المدني، المدينة المنورة، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م.
- ابن حجر العسقلاني، **تهذيب التهذيب**، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد ت(٤٥٦هـ)، **المحلى شرح المجلى**، ط١، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- الحصكفي، محمد بن علي ت(١٠٨٨هـ)، **الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ط١، تحقيق محمد صبحي حلاق وعامر حسين، دار إحياء التراث العربي - مؤسسة التاريخ العربي،

بيروت، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.(مطبوع مع رد المحتار)

- الحطاب، محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي الرعيني ت(٩٥٤هـ)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.
- الحلي، الحسن بن يوسف بن المطهر ت(٧٢٦هـ)، **قواعد الأحكام في مسائل الحلال والحرام**، ط١، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، ١٤١١هـ-١٩٩١م.(مطبوع مع جامع المقاصد)
- الخُرشي، محمد بن عبدالله بن علي ت(١١٠١هـ)، **حاشية الخرشي على مختصر خليل**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- الخرقي، عمر بن الحسين ت(٣٣٤هـ)، **مختصر الخرقي**، ط١، دار السلام، دمشق، ١٣٧٨هـ.
- الخفيف، علي، **الشركات في الفقه الإسلامي**، معهد الدرسات العربية العالمية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٢م.
- خليل، خليل بن اسحاق بن موسى ت(٧٦٧هـ)، **مختصر خليل**، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.(مطبوع مع مواهب الجليل)
- الخميّس، عبدالله بن عبدالواحد، **التصرّفات الموقوفة في الفقه الاسلامي**،ط١، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- داماد افندي، عبدالله بن محمد بن سليمان ت(١٠٧٨هـ)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني ت(٢٧٥هـ)، **سنن أبي داود**، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر.
- الدبو، إبراهيم فاضل، **عقد المضاربة دراسة في الاقتصاد الإسلامي**، ط١، دار عمار، عمان، ١٤١٨هـ-١٩٩٨.
- الدبو، **شركة العنان في الفقه الإسلامي**، مطبعة الرشاد، بغداد.
- الدردير، أحمد بن محمد العدوي أبو البركات ت(١٢٠١هـ)، **الشرح الصغير**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م .(مطبوع مع بلغة السالك)
- الدردير، **الشرح الكبير**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .(مطبوع مع حاشية الدسوقي)

- الدرعان، عبدالله بن عبدالعزيز، **التصرّف الانفرادي**، ط١، مكتبة التوبة، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة ت(١٢٣٠هـ)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م .
- الديلمي، شيرويه بن شهردار بن شيرويه ت(٥٠٩هـ)، **فردوس الأخبار بمأثور الخطاب المخرّج على كتاب الشهاب**، ط١، تحقيق فواز أحمد الزمرلي ومحمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبدالكريم ت(٦٢٣هـ)، **العزيز شرح الوجيز المعروف (بالشرح الكبير)**، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي ت(١٢٤٣هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، دمشق.
- ابن رشد "الحفيد"، محمد بن أحمد القرطبي ت(٥٩٥هـ)، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط٩، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.
- الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الشهير بالشافعي الصغير ت(١٠٠٤هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م.
- الرملي الكبير، أبو العباس بن أحمد ت(٩٥٧هـ)، **حاشية الرملي الكبير**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.(مطبوع مع أسنى المطالب)
- الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط١، دار القلم، دمشق، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد ت(١٠٩٩هـ)، **شرح الزرقاني على مختصر خليل**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- الزركشي، محمد بن عبدالله ت(٧٧٢هـ)، **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، ط١، تحقيق عبدالله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.
- أبو زهرة، محمد ، **الملكية ونظرية العقد**، دار الفكر العربي.
- زيدان، عبدالكريم، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط١٥، مؤسسة الرسالة،

بيروت،١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

- الزيلعي، عثمان بن علي ت(٧٤٣هـ)، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط١، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- السخاوي، محمد بن عبد الرحمن بن محمد ت(٩٠٢هـ)، **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة**، ط١، تحقيق محمد عثمان الخشت، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥م.
- سراج، محمد أحمد، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩٢.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل ت(٤٨٣هـ)، **المبسوط**، ط٢، دار المعرفة، بيروت.
- السيستاني، علي الحسيني، **منهاج الصالحين (المعاملات)**، ط٣، دار المؤرخ العربي، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- الشافعي، أحمد الشافعي، **تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود**. (بدون طبعة ولا دار نشر)
- الشبراملسي، علي بن علي ت(١٠٨٧هـ)، **حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج**، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م.(مطبوع مع نهاية المحتاج)
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب ت(٩٧٧هـ)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، إشراف مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ -١٩٩٥م.(مطبوع مع البجيرمي)
- الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.
- الشلبي، شهاب الدين أحمد ت(١٠٠٠هـ)، **حاشية الشلبي على تبيين الحقائق**، ط١، تحقيق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.(مطبوع مع تبيين الحقائق)
- شلبي، محمد مصطفى، **المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه**، دار النهضة العربية، بيروت، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف ت(٤٧٦هـ)، **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ط١، تحقيق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ١٤١٧هـ _ ١٩٩٦م.

- الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي ت(١٢٤١هـ)، **بلغة السالك لأقرب المسالك**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م .
- الطباطبائي، علي الطباطبائي، **رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل**، ط١، دار الهادي، بيروت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (١٢٥٢هـ)، **رد المحتار على الدر المختار**، ط١، تحقيق محمد صبحي حلاق وعامر حسين، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبدالله بن محمد ت(٤٦٣هـ)، **الاستذكار**، تحقيق عبد المعطي قلعجي، ط١، دار قتيبة، دمشق، بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
- العدوي، علي بن أحمد ت(١١١٢هـ)، **حاشية العدوي على الخرشي**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.(مطبوع مع حاشية الخرشي)
- علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، تحقيق وتعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت.
- علي فكري، **المعاملات المادية والأدبية**، ط١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨.
- العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم ت(٥٥٨هـ)، **البيان**، دار المنهاج.
- العنسي، أحمد بن قاسم، **التاج المذهب**، ط١، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء، ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م.
- العيني، محمود بن أحمد بن موسى ت(٨٥٥هـ)، **البناية شرح الهداية**، ط١، تحقيق أيمن صالح شعبان، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ -٢٠٠٠م.
- أبو العينين، بدران أبو العينين بدران، **تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود**، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٨م.
- الغزالي، محمد بن محمد بن محمد ت(٥٠٥هـ)، **الوسيط في المذهب**، ط١، تحقيق احمد محمود إبراهيم، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.
- ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا ت(٣٩٥هـ)، **معجم مقاييس اللغة**، تحقيق عبدالسلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
- أبو الفتح، أحمد، **المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية**، ط٢، مطبعة

النهضة، مصر، ١٣٤١هـ.

- الفتوحي، محمد بن أحمد الشهير بابن النجار ت(٩٧٢هـ)، **منتهى الإرادات**، ط١، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م.
- فراج، أحمد فراج حسين، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، ط١، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب ت(٨١٧هـ)، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- ابن قائد، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، **حاشية المنتهى**، ط١، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م.(مطبوع مع منتهى الإرادات)
- قاضي زاده، احمد بن قودر ت(٩٨٨هـ)، **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.(مطبوع مع شرح فتح القدير).
- القاضي عبد الوهاب، عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي ت(٤٢٢هـ)، **الإشراف على نكت مسائل الخلاف**، قارن بين نسخه وخرج أحاديثه وقدم له الحبيب بن طاهر، ط١، دار ابن حزم، بيروت، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- القاضي عبد الوهاب، **التلقين في الفقه المالكي**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م .
- القاضي عبد الوهاب، **عيون المجالس**، تحقيق امباي بن كيباكاه، ط١، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.
- القاضي عبد الوهاب، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، ط١، تحقيق محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- ابن قدامة، عبدالله بن أحمد بن محمد ت(٦٢٠هـ)، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، ط٣، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- ابن قدامة، المغني، ط١، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- قدري باشا، محمد، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، ط١، الدار العربية، عَمَّان، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م،
- القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ت(٦٨٤هـ)، **الذخيرة**، تحقيق سعيد أعراب

ومحمد حجي، ط١، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.

- القره داغي، علي محي الدين علي، **مبدأ الرضا في العقود**، ط١، دار البشائر، بيروت، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٥م
- الكاساني، علاء الدين بن مسعود ت(٥٨٧هـ)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٣، تحقيق محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.
- الكاندهلوي، **أوجز المسالك إلى موطأ مالك**، ط٣، ١٣٩٤هـ- ١٩٧٤م.
- الكركي، علي بن الحسين ت(٩٤٠هـ)، **جامع المقاصد في شرح القواعد**، ط١، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، بيروت، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
- الكندي، أحمد بن عبدالله بن موسى ت(٥٥٧هـ)، **المصنف**، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني ت(٢٧٥هـ)، **سنن ابن ماجه**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت.
- مالك بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى**، دار صادر، بيروت.
- الماوردي، علي بن محمد بن حبيب ت(٤٥٠هـ)، **الحاوي الكبير**، ط١، تحقيق علي معوَّض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.
- المحقق الحلي، جعفر بن الحسن ت(٦٧٦هـ)، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ط٣، تحقيق عبد الحسين محمد علي، دار الأضواء، بيروت، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
- محمد أفندي، محمد علاء الدين بن محمد أمين، **قرة عيون الأخيار**، ط١، تحقيق محمد صبحي حلاق وعامر حسين، دار إحياء التراث العربي – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.(مطبوع مع رد المحتار)
- محمد زكي عبدالبر، **التصرّفات والوقائع الشرعية**، ط١، دار القلم، الكويت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.
- محمصاني، صبحي، **الدعائم الخلقية للقوانين الشرعية**، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٩م.
- محمصاني، **النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية**، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٧٣م.

- ابن المرتضى، أحمد بن يحيى ت(٨٤٠هـ)، **البحر الزخار**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- ابن المرتضى، **كتاب الأزهار في فقه الأئمة الأطهار**، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- المرداوي، علي بن سليمان ت(٨٨٥هـ)، **الإنصاف في معرفة الخلاف من مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ط١، تحقيق محمد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م.
- المرداوي، **تصحيح الفروع**، ط١، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.(مطبوع مع كتاب الفروع لابن مفلح)
- المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل ت(٥٩٣هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.(مطبوع مع شرح فتح القدير).
- المطيعي، محمد نجيب، **المجموع شرح المهذب (التكملة الثانية)**، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- المغربي، أحمد بن عبدالرزاق بن محمد ت(١٠٩٦هـ)، **حاشية المغربي على نهاية المحتاج**، الطبعة الأخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م.(مطبوع مع نهاية المحتاج)
- مغنية، محمد جواد، **فقه الإمام جعفر الصادق**، ط٤، دار الجواد، بيروت، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبدالله ت(٨٨٤هـ)، **المبدع في شرح المقنع**، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق.
- ابن مفلح، شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي ت(٧٦٣هـ)، **الفروع**، ط١، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٤هـ- ٢٠٠٣م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم ت(٧١١هـ)، **لسان العرب**، ط١، دار صادر، بيروت.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري ت(٨٩٧هـ)، **التاج والإكليل**، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م.(مطبوع مع مواهب الجليل)
- النجفي، محمد حسن بن محمد باقر ت(١٢٦٦هـ)، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، ط٧، تحقيق علي الاخوندي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد ت(٩٧٠هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، دار المعرفة، بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب ت(٣٠٣هـ)، **سنن النسائي**، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة الثانية، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
- النسفي، عمر بن محمد ت(٥٣٧هـ)، **طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية**، ط١، تحقيق خالد عبد الرحمن العك، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م.
- النووي، يحيى بن شرف ت(٦٧٦هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ط٣، إشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق-بيروت-عمان، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.
- النووي، **منهاج الطالبين**، مكتبة الثقافة، عدن.
- الهاشمي، سلطان بن إبراهيم، **أحكام تصرّفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية**، ط١، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي ت(٦٨١هـ)، **شرح فتح القدير**، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر ت(٩٧٤هـ)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- وزارة الأوقاف الكويتية، **الطبعة التمهيدية لنماذج من موضوعات الموسوعة الفقهية**، الموضوع(٩) الشركة ، الموضوع(١٠)، شركة المضاربة (القراض).
- وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، ط١، دار الصفوة، الكويت، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط٣، دار الفكر، دمشق، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- أبو يحيى، محمد حسن، **الاستدانة في الفقه الإسلامي**، ط١، جامعة الأزهر، ١٤١٠هـ- ١٩٩٠م.

PROVISIONS OF PARTNER DISPOSITIONS IN CONTRACT COMPANY IN ISLAMIC JURISPRUBENCE

Preparing

Musa Hamed Mohammad Abu Saileek

Supervisor

Dr. Mahmoud Ali Al Sartawi

Summary

This study deals with the provisions of the partner actios in the partner company in the Islamic jurisprudence , as the same shows the partner actions in the partner company in all of its types: Monies, manners, businesses and speculation , and the jurists speeches , evidences and their discussion mentioned therein , which has been chosen to initiate , this stady is started with an introduction included the action definition , its sections and the difinition of the partner company , its types and the provision of each one.

This study shows that the partner actions in the partner company are varied and multiple according to the contracts variety exercised by the traders in their business and this study shows that some of these acts is allowed to the patner in the whole of contract without the need to a permission , and some of them not allow unless with or permission of its owner (delegation), and some other has no right either with or without of a permission , and some of them it deferent concerning the provision from a type to other one of the partner company, and some of them it agreed thereupon concerning the provision between some of them or all , as a partner act may be allowed in a company such as the funds company , and not be allowed unless with a permission in other such as the speculation company (for

example) , and the effects resulted for a partner acts in the company place in the case of no permission is deferent in its provisions or to be agreed thereupon according the type of action and the type of company , and being these effects are multi-acts , the damage effect may be the inclusion in the case of damage together with the act correction and the continuing validity of the contract , and its effect may be the inclusion the inculusion and the invalidity of the company contract, or the inclusion with the invalidity of the directed act , and its effect may be accepted such act.

This stady also shows that the actions has been done in the company is may be accepted by the partner or not according to four basics:

First basis: The extent of achieving the interest of the cpmpany by the partner action or not , which is paetner action in the company place is subject to the company interest positively or negatively , therefore , if there are an achieved interest to the company resulted by such act, the partner is be allowed, but otherwise in not be allowed .

Scond basis: The extent of achievement an interest to the company resulted by such act , in this case the partner act it will be allowed , if otherwise it will not be allowed.

Third basis: The extentof the traders usage concerning their dealing with such act or not, and if this thing is of the trade requirements or not , therefore if such act is of the traders usage it will be agreed thereupon and otherwise it will not be allowed act to the partner.

Fourth basis: The extent of joining the damage to its owner and the partner by his act or not , as if his act damaged the partner he will not be allowed thereto. The jurists agreed upon these basics in principle but they are different among them in achieving its purposes concerning the acts of the partner in the company place.